



الدكتور فتحي الدريري
الأستاذ في كلية التربية
جامعة دمشق

الحق هـ

ومَدِي سُلْطَانُ الدُّولَةِ

فِي قِبَلَتِي مِدِي

يبحث في أعظم معضلة عرفها العالم في القانون والسياسة والإقتصاد،
ويجيء فحكةً أعمقً وطبقةً . بمحاجةٍ مقارنةً في أصول الفقه الإسلامي،
والعقل الوضعي وذريته في معظم دول العالم، وبين مواجهة موقف
الشريعة الإسلامية من هذه الفحكة التي تغير مسار القراع المحتدم في عصريتنا
الماضيين الشرقي والغربي .

مَوْلَى نَسَّةِ الرِّسَالَةِ

رَفِعٌ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ
الْأَكْثَرُ لِلّٰهِ الْفَزُورُ كَمْ

www.moswarat.com

الدكتور فتحي الدريري
الأستاذ في كلية الشريعة
جامعة دمشق

بعن الرَّبِيعِ الْجَنَاحِيِّ
أُسْنَرُ اللَّهِ الْفَرْوَارِسِ
www.moswarat.com

الحق سرا

ومَدِي سُلْطَانُ الدُّولَةِ

فِي تَقْيِيدِهِ

يبحث في أعظم معضلة عرفها العالم في القانون والسياسة والإقتصاد، وهي «فكرة الحق وطبيعته» بحثاً على مقارنة في أصول الفقه الإسلامي، والفقه الوضعي وتشريعاته في معظم دول العالم، وبين بخلاف موقف الشريعة الإسلامية من هذه الفكرة التي تعتبر مدار الصراع المحتدم في عصرنا الحاضرين الشرق والغرب.

مَؤْلِفُهُ الرَّسُولُ

رَفِعُ

جَمِيعُ الْأَعْمَانِ الْأَجْنَبِيِّ
الْأَسْكُنْدَرِ الْأَنْبَرِ الْأَزْوَادِيِّ
www.moswarat.com

جَمِيعُ الْأَجْنَبِيِّ
الْأَسْكُنْدَرِ الْأَنْبَرِ الْأَزْوَادِيِّ

١٩٨٤ - ١٤٠٤ م

مَوْسِيَّةُ الْوَسَالَةِ بَيْرُوت - شَارِعُ سُورِيَا - بَنَاءُ صَدِيِّ وَصَالِحةٍ
هَافِنْ : ٢١٩٠٣٩ - ٢٤١٦٩٢ م.ص.ب: ٧٤٦٠ هُرْقِيَا : بِيُوشِران



الإهدا

إلى الذين دعوا في روح الخير ، والثقة بالله جل وعلا ، والمصايرة ،
والجرأة في الحق ، والصراحة التي لا تعرف نفاقاً أو تزلفاً . . .
وحب العلم ، ثم أمداني بما أسعفي على تحصيله والتغافل فيه . . .
نذراً لله في اعلاء كلمته ، وخدمة شريعته . . . والدي العزيزين .

إلى من استقيت من روحه الظاهرة ، وصفاته الندية ، ونفسه
البريئة ، رواء الخير والصلاح والتقوى ، والثقة المطلقة بالله سبحانه ،
وأخلاص العمل ابتغاه وجهه الكريم - جدي الحنون .

إلى استادي الجليل ، الذي أسبغ عليَّ من علمه وفضله ، وصادق
عونه ، وسدید توجيهه ، فضيلة الشيخ طه الديناري .

إلى التي آمنت بخلاصها ، وصفاء نفسها ، وبراءة سريرتها
ام الهند .

رَفِعٌ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْجَنْوِيِّ
أَسْكَنَهُ اللَّهُ الْفَزُورَ كَسْرَ

www.moswarat.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رَفِيعٌ

عبد الرحمن البغدادي
الشوكاني
www.moswarat.com

تقديم

بقلم حضرة صاحب الفضيلة الاستاذ الشيخ طه الديناري
عميد كلية القانون والشريعة
جامعة الازهر

الحمد لله رب العالمين ، والصلوة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه
أجمعين ، وبعد :

فقد درج بعض الاساتذة على أن يضعوا بين يدي كل كتاب جديد ألا تقه
أحد تلاميذه أو زملائمه ، مقدمة تقليدية ، فيها من الاطراء والثناء ما يغلب على
الظن أن يكون وسيلة لتزكية المؤلف ، ورواج المؤلف ، دون أن يستبين
القارئ - لأول وهلة - مدى مطابقة ذلك للجهد المبذول ، والنتائج العلمية
المبتكرة ، التي تعتبر بحق لسان صدق على قيمة البحث العلمي الدقيق المنتج ،
في منهجه وأدله ، ووجوه استبطاطه ، وسلامة مقدماته ، ومنطقية تاتمحه .

وإذا كانت البحوث العلمية النظرية تتطلب في زمتنا هذا - بالنظر الى تعقد
مشكلات الحياة - جهداً صابراً ، وتحصصاً دقيقاً ، وثقافة ممتازة ، حتى يمكن أن
تصل الى تقرير حقائق مبتكرة مدعمة بالاصول والأدلة ، والتفسير العلمي الحرّ
في حدود المنطق السليم ، لتزيد في الثروة العلمية ، والتقدم الانساني ، وينتفي عنها

معرة التكرار والاجترار والاختزال والجمود والتشويه ، فان البحث العلمي في الفقه الاسلامي وأصوله ، لأشدّ عسراً ، وأوغر مسلكاً ، وأعزّ مطلبًا ، تعدد المذاهب الفقيرية فيه ، وتشعب الآراء حتى في المذهب الواحد بل في المسألة الواحدة ، ناهيك عن تعقد أسلوب القديم من مصنفاتها ، وقدان المنبع العلمي فيها تناولته من أبحاث ، حتى غدا هذا الفقه – على الرغم من تقسيمه الى أبواب وفصول – مسائل شتى وفروعاً مبعثرة ، يبحث كل منها – فيما يليه – على ضوء ما كان يطرأ من الواقع والأحداث .

اما النظريات : فلم يكن المجهودون القدامى من الاصوليين والفقهاء – رضوان الله عليهم – ليعنوا بصياغتها ، والبحث في ضوابطها ومعاييرها ، وإنما كان اجتهدتهم العلمي – على وفرته وغزارته – منصباً كله على تعرّف حكم الله في كل واقعة تطرأ أو من الممكن أن تقع ، وعلى تعقيد القواعد التي لا يمكن أن تؤلف كل منها نظرية كاملة .

على أن هذا لا يغض من شأن هذا الفقه الاسلامي ، فالواقع أن هذا هو شأن الاجتهداد في كل فقه أصيل ، إذ الفقه في أصله فرعى واقعيّ ، يلبي حاجات الأمة في كل زمان وفي كل واقعة كما تطرأ ، ويمكن أن ترتد فروعه الى اصول ثابتة تنظمها ، ولا تجد فيها إلا هذا المنطق التشريعي السليم .

على أنا لا تنكر أن صياغة هذه النظريات من تلك الفروع المنشورة التي لا يحصيها عدّ من العشت والعسر بمكان .

هذا ، وقد نهض بهمذنا البار ، الاستاذ الدكتور فتحي الدرني ، مجده وإخلاص نادرین ، ببحث « فكرة الحق وطبيعته في الفقه الاسلامي » وهو مدار الصراع الدائـر اليوم بين الشرق والغرب ، وبين بحـلاء وجهـة نظر الشـريـعـة الاسلامـية في أـخـطـرـ مـعـضـلـةـ قـانـونـيـةـ وـاـقـصـادـيـةـ وـسـيـاسـيـةـ عـرـفـهـاـ العـالـمـ حـتـىـ الـيـوـمـ . وقد سلك المؤلف في بحثه هذا منهجاً علمياً جديداً ، وأقامه على أساس من

أصول الفقه الاسلامي وقواعد العامة ، فضلاً عن الاستدلال بالكتاب العزيز والسنة المطهرة ، وفقه الصحابة ، واجتهادات أئمة المذاهب الفقهية جيلاً ، ولم يسبق لباحث - فيما رأيت - أن تناول هذا الموضوع الحيوى الخطير بهذه الأصالة والعمق ، يستبين فيه القاريء « نظرية الفقه الاسلامي » نفسه ، وذلك تمهيداً لبحث آخر منتبق عن الأول ، لا يقل عنه خطورة وجدوى ، وهو بحث الدستور الذي يحدد مدى استعمال الحق في الشريعة الاسلامية ، أو ما يسمى اليوم « بنظرية التعسف في استعمال الحق » .

وصل المؤلف في بحثه إلى استبطاط هذه النظرية بعاليتها البينة الواضحة ، واقامها على اصول من مصادر الشريعة ومقاصدها ، وقواعدها الكلية ، واجتهد الأئمة من لدن الصحابة - رضوان الله عليهم - إلى يومنا هذا ، وهي نظرية " ينافر بها الفقه الاسلامي الفقه الوضعي وتشريعاته في القديم والحديث ؟ بما توقف بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة في ضوء مقتضيات العدالة وتطورات الحياة ، وبما تجعل من الحقوق وسائل لصالح وغایات جديدة ، اقتصادية واجتماعية شرعت تلك الحقوق من أجلها ، وأبان المؤلف ان الفقه الاسلامي في نصوصه وروحه ومقاصده يسبغ المشروعية على تلك الحقوق - أيًا كان نوعها - ما دامت تعارض من قبل أربابها توخيًا لتحقيق غاياتها ، حتى يكون قصد المكلف في هذا العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، وإلا كانت المناقضة ، وهي العلة في سلخ صفة المشروعية عن تلك الحقوق ومنع التسبب فيها ، وترتيب الجزاء والضرائب على ما ينجم عن ذلك التتکّب من أضرار ، او تفويت المصلحة التي من أجلها شرع الحق .

ثم بين المؤلف أن هذه النظرية ترتبط أساساً بنظرية الحق ، لا بنظرية « التعدي » او بالخطأ المولدة المسئولة التقصيرية في الفقه القانوني ، وهو خطأ لم يتعدب الواقع فيه جلّ الباحثين في هذا العصر .
وأوضح المؤلف بجلاء الفرق بين « التعدي » وتجاوز حدود الحق الموضوعية ،

و بين «التعسف» الذي يفترض أساساً التصرف داخل حدود الحق ، غاية ما في الامر انَّ المصلحة التي شرع من اجلها تعسف ، وقد وفق في ذلك توفيقاً عظيماً . ثم أبان انها نظرية وارفة اظل ، ينبعط رواقها على جميع انواع الحقوق من دستورية وجناحية دولية ومدنية وتجارية وأسرية .

ثم أخذ المؤلف يقارن اتجاهه الفقهية والاصولية بنظائرها - ان وجد لها نظائر - في الفقه الوضعي ، متبعاً القديم منه حتى الفقه الروماني فضلاً عن الفقه الحديث وتشريعاته ، هذا فيما يتعلق ببحث «مفهوم الحق وطبيعته» . أما فيما يتعلق بنظرية «التعسف» فقد اثبت الدكتور الدريري ان الفقه الوضعي القديم لم يكن ليعرف هذه النظرية ، اذ لم يُعثر فيه على شيء من مبادئها ، إلا ما يزعمه بعض الفقهاء والكتابين بنوع ادعاء او تأويل متعرف فيه ، وعلى نحو ضيق .

اما الفقه الوضعي الحديث ، و كذلك القضاء ، فقد عرف كل منها شيئاً من مبادئها في القرن الماضي ، حين اضطرته ظروف الحياة الجديدة ، الى تحكيم تلك المبادئ توخياً للعدالة . هذا في الفقه الوضعي قديمه وحديثه ، وفي القضاء الحديث . اما التشريعات الوضعية فمن المقطوع به انها لم تعرف هذه النظرية إلا في مطلع هذا القرن العشرين ، في حين ان الشريعة الاسلامية ، قد أتت بها اصولاً وفروعاً وتطبيقات لا تُحصى منذ ان بزغ فجر الاسلام على ربوة هذا الكون : ثم توسيع الأئمة المجتهدون - رضوان الله عليهم - في تطبيقها .

جاء المؤلف بهذا البحث الاصولي الفقهي في الشريعة الاسلامية ، مقارناً بالفقه والتشريع الوضعيين ، واضعاً آراء الباحثين ، شرقهم وغربهم ، في ميزان النقد العلمي الحرّ ، ومبيناً دقة وجهة نظر الشريعة في كل اولئك ، وكانت شخصيته العلمية ماثلة في كل سطوره ، كما بدت عناصر ثقافته الواسعة التي تجمع الى تبعّره في اصول الفقه الاسلامي وفقهه ، تضليلًا في العلوم القسانونية

والسياسية ، في دراسات عليا من كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، هذا الى جانب ثقافته الادبية والتربوية بجامعة القاهرة وعين شمس .

و بما تبدي لي من خلال اشرافي الدقيق على هذه الرسالة العلمية القيمة ان الاستاذ الدكتور فتحي الدربيني ، أصولي ثبت ، و عالم باحث دقيق النظر ، قوي العارضة ، أصلل الرأي ، متين الحجة ، متقد الذكاء ، ناصع البيان ، يزين كل اولئك صفاء العقيدة في صدق العبودية .

و قد قال هذا الكتاب أعلى درجة علمية تمنحها جامعة الازهر ، وهي درجة « الامتياز » .

وفي اعتقادى ان هذا البحث فريد في نوعه ، ويعتبر فتحاً جديداً للبحوث العلمية في الفقه الاسلامي منهجاً وعمقاً وأصالة ، وارى ان لا غنى لمراكز الثقافة الانسانية والاجتماعية والقانونية والسياسية في العالم عن الانتفاع بهذا الكتاب ، ولا غنى أيضاً - ومن باب أولى - للثقفين والمتخصصين عن دراسته وتقديره ، بما أحيا جانباً من كنوز هذا الفقه الاسلامي الذي يدعم الحياة الانسانية الفاضلة ، ويحافظ على قيمها ، وينشر رواق الحق والعدل فيها ، ويجعل للمثل العليا ، والمبادئ، الخلقة : من شرف البعث وطهارة النية والغيرية ، منزعاً في التشريع الأمر الذي ضلت عنه التشريعات المترفرفة في العالم الى يومنا هذا ، و ذلك آية سماوته . وختاماً أسأل الله له ما أأسأله لنفسي من الحير ، والتوفيق ، والسداد ، وان ينفع به العلم والاسلام وال المسلمين انه سميع مجيب .

طه الديناري
عميد كلية القانون والشريعة
جامعة الازهر

١ جمادى الاولى ١٣٨٦
١٧ آب ١٩٦٦

تقرير

المجنة المؤلفة من قبل جامعة دمشق

لفحص الانتاج العلمي

بناء على قرار مجلس كلية الشريعة المؤرخ في ٩٦٥/٥/٢٧ والقاضي بتشكيلنا
نحن الموقعين لجنة لفحص الانتاج العلمي للدكتور السيد فتحي الدريري العيد في
الكلية المذكورة، والذي حاز اخيراً رتبة العالمية (الدكتوراه من كلية الشريعة
في الجامعة الازهرية) وذلك لمعرفة كون انتاجه العلمي محل البحث يؤهله لأن
يكون مدرساً في كلية الشريعة بجامعة دمشق .

اجتمعنا في يوم الخميس المصادف ٤ من صيف ١٣٨٥ / ٦ / ١٩٦٥ م بعد ان
سلم الدكتور فتحي قبل اسبوع كل واحد منا نسخة من رسالته التي نال بها رتبة
الدكتوراه، وعنوانها « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده » (ونظرية التعسف
في استعمال الحق بين الشريعة والقانون) فتبين لنا بعد دراسة الرسالة العلمية
المذكورة منفردين تم التداول فيها مجتمعين مAILY :

آ - حجم الرسالة :

تقع الرسالة المذكورة في (٤٨٣) صفحة من صفحات المستنسخ (الفولسكاب)
يضاف إليها ثبت المراجع وفهرس تحليلي للموضوعات .

ب - مصادر الرسالة والعزو فيها :

رجوع المؤلف إلى مجموعة كبيرة من المراجع المأثبة القديمة والحديثة في أصول

الفقه والفقه المذهبي ، والفقه العام والمقارن ، والقانون المدني باللغة العربية والفرنسية ، والقانون العام . وقد سلك المؤلف في العزو الى هذه المراجع والاحالة عليها الطريقة العلمية الدقيقة في عزو الآراء والتفصيلات الى اصحابها ومواطئها من مؤلفاتهم بتعيين الجزء والصفحة دون الاكتفاء بالعزو الاجمالي .

ج - موضوع الرسالة واهميته :

ان موضوع الرسالة هو من الموضوعات المأمة جداً في النظم القانونية ، وفي الحق المدني منها ، فنظرية التعسف في استعمال الحق هي من النظريات الاساسية التي استرعت انتظار فقهاء القانون والشراح والشراح ، وظلها منبسط على جميع آفاق القانون في تحديد استعمال الحق وطريقة مارسته بصورة لاتخل بقصد الشارع حتى تكون فكرة الحق اداة عدل واستصلاح لا اداة كيد واذى .

وقد تبدى للباحثين من القانونيين العرب ان اصل النظرية في الشريعة الاسلامية التي سبقت الى تقريرها وتحكيمها في فروع القضايا . ولكن هذه النظرية لم تجمع اجزاؤها وتقاربها في بحث يخصها ويبرزها وبين مكانتها وسلطانها في بناء الاحكام . وهي وان كانت قد عالجتها فريق من القانونيين ومن فقهاء الشريعة لاتزال تعتبر ارضاً بكرأ لم تحرث و تستنبت كما يجب .

وهذه الرسالة تعتبر بحق البحث الاول المستكملا في هذه النظرية حسن الشريعة الاسلامية ، كما يتضح من الملاحظات التالية عن مضمون هذه الرسالة وخطتها .

د - مضمون الرسالة وخطتها :

قسم المؤلف الرسالة الى مقدمة وثلاثة ابواب رئيسية اشتغلت على كثير من الفصول والباحث الفرعية .

١ - وفي المقدمة قدم تهيداً بين يدي الموضوع بين فيه منهج الرسالة ومحض

اسن الموضوع ومرتكزاته وسأنه في الفقه الاسلامي وفي القانون الوضعي .

٢ - وفي الباب الاول تناول بالبساط والتفصيل طبيعة الفقه الاسلامي ونظرية القانون ، وفيه تكلم في فصول متالية عن الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده في نظر المذهب الفردي ومذهب التضامن الاجتماعي ، وعن مفهوم الحق في الفقه الاجنبي وما حوله من آراء وصلته بنظرية التعسف ثم عن فكرة الحق في الفقه الاسلامي بحسب طبيعة هذا الفقه ، واوضح هنا ان الفقه الاسلامي تقويمي لا تقريري ، فهو مشرب بعناصر المثل العليا والكمال الخلقي والفضيلة النفسية ، وهذا ما يجعله تربة خصبة لنظرية التعسف التي يتجلی فيها النزعة الخلقية والاجتماعية في التشريع والحقوق التي تتقرر في ظله . ثم تكلم عن مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي وصلته بنظرية التعسف ، ثم عن مؤيدات هذا المبدأ من مصادر الفقه بطريق الاستحسان والاستصلاح وقاعدة سد الذرائع وقاعدة الحيل ، ثم تكلم عن واقعية الفقه الاسلامي وغايته في نظرته الى الفرد والجماعة ونظرة الاسلام الى المال وفكرة الاستخلاف والوظيفة الاجتماعية للانسان فيه وما يتبع ذلك من مسؤولية الفرد والجماعة ثم تكلم عن الحق والاباحة في الفقه الاسلامي ، وهنا بين توسط النظرية الاسلامية في ذاتية الحقوق وغيرها وصلة ذلك بنظرية التعسف ، كما فرق بين الاباحة والرخصة والحق ، وتكلم كلاماً جيداً عن قاعدة (الاصل في الاشياء الاباحة) ثم ختم هذا الباب بفصل اخير عن الاسس التي يستند عليها تقييد الحق في الفقه الاسلامي من قاعدة المصالح والتضامن وفكرة الخلافة الانسانية في الارضي ، وصفة الوسطية ، وصلة كل ذلك بنظرية التعسف .

٣ - وفي الباب الثاني تكلم عن اصل النظرية (نظرية التعسف) في الفقه الاسلامي في فصول متالية شارحاً فيها فلسفة التعسف في نظر الاصوليين منطلقة من فكرة المصلحة التي شرع الحق من اجلها باعتبار انه وسيلة لاغائية . وهنا اوضح ايضاً جيداً ما غمض على كثير من الباحثين السابقين في الموضوع من

الاستثناء بين التعسفي واستعمال الحق وبين المتجاوزة لحدود الحق، فوقعوا في الخلط بين الموضوعين، واضاعوا بذلك مزية النظرية الرفيعة في التعسف الذي هو غير التجاوز او التعدى او الاضرار الذى شرعت فيه المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار الخاطئ .

ثم تكلم في ادلة النظرية من الكتاب والسنّة وفقه الصحابة والاصول التشريعية والقواعد الفقهية بسهاب جلى في المؤلف واستقصى ، ثم تناول البحث في معايير التعسف في نظر الفقه الاسلامي ، ثم ربط هذه المعايير المتعددة بالاصل العام الذي ينظمها ، ثم اوضح مجال تطبيق نظرية التعسف وبين انه يشمل حتى الابحاث والمحريات العامة ، ثم بين الجزاء المشروع في الفقه الاسلامي عن التعسف وأنواعه المضامنة من دنيوية واخروية ليكون من العقيدة زاجراً عن التعسف في استعمال الحق المشروع .

٤ - وفي الباب الثالث عرض عرضاً جيداً مرتبأ على سبيل المقارنة نظرية التعسف في القانون ، اي في الفقه والتشريع الوضعيين وتطوراتها التاريخية من القانون الروماني الى القانون الفرنسي الحديث سنة (١٨٠٤) فالقانون المصري القديم والجديد ثم سائر القوانين المدنية الحديثة في العالم الغربي وقوانين البلاد العربية مع عرض المذاهب والنظريات الفقهية والاجتهاد القضائي في معايير التعسف .
هذه خلاصة منهج الرسالة ومحفوبيتها .

٥ - ومن الجدير بالذكر ان المؤلف ابرز في خلال البحوث الآتقة الذكر اموراً هامة جداً في المعاييس التشريعية حول الفقه الاسلامي ومنها ما يلي :
١ - ان فكرة الحق ثابتة وهي دعامة اساسية يدور عليها التنظيم التشريعي في الفقه الاسلامي .

٢- ان الحق ليس بذاته وظيفة اجتماعية . وهذه الفكرة تترتب عليها نتائج هامة .

٣- ان الحق ذو طبيعة مزدوجة في نظر الفقه الاسلامي فليس فردياً شخصاً ولا جماعياً شخصاً ، بل يجمع بين الصفتين .

٤- ان مشروعية استعماله رهن باتجاهه نحو الغاية التي شرع كوسيلة لتحقيقها .

٥- ان نظرية التعسف نظرية مستقلة لها كيان ذاتي خاص وليس تبعاً او تطبيقاً لنظرية اخرى كالتعدي او الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية .

٦- ان معاير نظرية التعسف في الفقه الاسلامي اوسع شمولاً وادق تحديداً بما في الفقه الاجنبي وهذا ما يجعلها ايسر تطبيقاً في القضاء ، واكثر تحقيقاً للعدل .

- والخلاصة :

ان هذه الرسالة تعتبر انتاجاً علمياً قيماً جداً فيه كثير من الابتكار ، وليس فيها على سعتها توسيع بالاستطراد الى بحوث يتضخم بها الحجم دون صلة جوهرية بالموضوع كما يرى احياناً في رسائل اخرى . وقد ملأت هذه الرسالة فراغاً كبيراً كان يلحظ في هذا الموضوع العام كلما كتب فيه كاتب او حاضر فيه محاضر ، لأنها احاطت واستقصت اطراف البحث المتشعبه التي كانت زواياها مغلقة ففتح الدكتور فتحي اغلاقها ونبش ما فيها من اسس وقواعد وعرضها عرضاً وافياً متناسقاً فقادت نظرية كاملة فسرت احكام للفقه الاسلامي في كثير من مقرراته غير المفسرة وبينت قابلياته غير المحدودة لامداد العصور بالتشريع الواقي بال حاجات المتغيرة ورسمت الطريق السوي للقضاء العادل في ظل الفقه الاسلامي .

وان هذه الرسالة تعتبر نتاجاً علمياً متازاً يرتقي بصاحبها الى اهلية التدريس في كلية الشريعة بجامعة دمشق، وهو ذو جدوى كبيرة، وقيمة علمية قيمة، ليس بالنظر الى الفقه الاسلامي فقط؛ بل بالنظر الى القانون الوضعي الذي يفيد كثيراً بما فيها من ثروة عظمى في النظام القانوني من الشريعة الاسلامية.

ماجد الحلواني

أستاذ القانون المدني في كلية الحقوق
من جامعة دمشق

مصطفى الزرقاء

رئيس قسم القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

محمد المبارك

رئيس قسم الفقه الاسلامي وقسم العقائد والاديان
في كلية الشريعة بجامعة دمشق

يوسف العشن

عميد كلية الشريعة بجامعة دمشق



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رُفْعَةٌ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
اللَّهُمَّ إِنِّي لِأَزْوَجُكَ
www.moswarat.com

المقدمة

لم تكن نظرية الشريعة الإسلامية في اصولها العامة التي تنبثق عنها أحكامها المنبسطة الظل على جميع شؤون الحياة ومناها؛ لتسقى من حوادث محلية طرأت، او ظروف حاقت بمجتمع ما في زمن معين، حتى تكون صدى لتلك الظروف، او انعكاساً لتلك الاحداث، تتبدل بتبدلها، فتهاجر اسسها الاولى لتعل اصول اخرى تقضي على البنيان التشريعي كله في اسه وغایاته، او بعبارة اخرى ليست اثراً للارارة الانسانية بما يحرك تلك الارادة من دوافع النفس او انفعالاتها؛ حتى تكون خاضعة للاهواء، هذا، وغاية الشريعة لم تتمحض عن صراع بين مصلحة الفرد والمجتمع، حتى تحدد على ضوء افتئات احداهما على الأخرى.

الشريعة الإسلامية ساوية الأصول، تتصل بالفطرة الإنسانية التي فطر الله الناس عليها، وهي ما انزلت الا لتخرج الناس عن دواعي اهوائهم، وسلطت نزعاتهم، وما عرفنا كالموى عابثاً في التشريع !

على ان الشريعة الإسلامية اذ أرست أصولها على مقتضى من سنن الفطرة الثابتة في الكون، بحيث يسود تطبيقها ونتائجها مقتضيات العدل والخير والرحمة والتعاون في دائرة البر، ولا سيما ابان ممارسة الانسان لما منحه الشارع من حقوق، لا تغفل ما يستدعيه سير الحياة بالناس وتطورها من احكام هذه الاوضاع الجديدة، وما تتطلبه الحاجات الطارئة من وفاء تشريعي؛ لأن

في سعة تلك الاصول الثابتة مايفي بذلك كله الى ان يرث الله الارض ومن عليها فهي شريعة ثابتة في اصولها ، متطورة في فروعها .

وليس منقوله هنا ضربا من الرعم ، او الادعاء غير المدعى بالدليل ، فهذا كتابنا ينطق على الناس بالحق .

استنبط هذا الكتاب « معالم فكره الحق وطبيعته » في الشريعة الاسلامية ، والمبادئ التي يرتكز عليها تقديره ، وما تسبغ على « الحق » من صفة خلقية واجتماعية ، وكيف استعماله بما يوفق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة .

وليس هذا بعيد التصور عن شريعة ساوية تمثل المبادئ الخلقية فيها حجر الزاوية ، وتصطبغ احكامها الدينية بالصبغة الدينية التي تعتمد على نيل الغاية وشرف البايع ، حتى امتزجت مبادئ الحق بمبادئ التشريع ، وهو امر ظل يسعى الى تحقيقه فقهاء القانون الوضعي ، ولكنه ما زال حلاما من احلامهم .

ونقصد بالصبغة الاجتماعية للحق تلك التي لا يجعل من الفرد محور التشريع الاسلامي وغايته دون نظر الى الجماعة ، ومصلحتها ، فالشريعة الاسلامية اقرت الحق الفردي حتى اضحي معلوما من الدين بالضرورة ، كما اقرت حق الجماعة ، ومن هنا كانت غاية الشريعة في اصولها واحكامها التفصيلية مزدوجة ، وهي رعاية المصلحتين : مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، ووضعت من القواعد ما ينسق التعارض بينها حسما يقضي به العدل وتغلب الخير ما امكن ، ولم تهدر احدى المصلحتين على حساب الأخرى ، لأن في هذا – فضلا عن التطرف والظلم – تجاهلا لتكوينات الواقع .

وبهذا اصبح للحق وظيفة اجتماعية ، وكتابنا هذا ، اذ يبحث في « الحق ومدى سلطان الدولة في تقديره » « وينحر الى الوجود » نظرية التعسف في استعمال الحق ، بمعاييرها الدقيقة المنضبطة ، مدمرة الاصول ، مستنبطة من الكتاب العزيز ، وللسنة المطهرة ، وفقه الصحابة ، واجتهادات أئمة الفقه الاسلامي في مختلف مذاهبها

ما ينبيء عن ان الشريعة الاسلامية قد انطوت فيها هذه النظرية منذ ان بزغ على الكون نورها ، اقول ان كتابنا اذ يبحث في ذلك كله ، يقارن بما اهتدت اليه التشريعات الوضعية في مطلع هذا القرن من مبادئ هذه النظرية ؟ لتحاول التوفيق بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة كما قدمنا .

هذه النظرية اذن لم تكن معروفة في تشريعات العالم قبل هذا القرن ، بينما هي في الشريعة الاسلامية ببنية الاصول ، تامة الاركان منذ اربع عشر قرنا ، ثم هي غزيرة التطبيق في فقها ، وارفة الظل على جميع انواع الحقوق من مدينة واسمية ودستورية ، ودولية . هذا ، ولارتباط نظرية التعسف في استعمال الحق ، بالحق نفسه من حيث طبيعته ومدى استعماله ، بحثنا «فكرة الحق وطبيعته» وجعلناه في القسم الاول من هذا المؤلف .

وتوسيعها لما سبق اقدم مزيداً من البيان لما سلكت من منهج ، وللعناصر التي قام عليها بحق هذا الكتاب . توطئة وتيسيراً تمثل مباحثه وتقيمها على نحو عميق ودقيق ، وهي مباحث لا اعدوا الحقيقة اذا قلت انها - في معظمها - مبتكرة في تناولها ونتائجها .

أ - منهج البحث :

سلكت في هذا البحث المنهج التحليلي والاستنتاجي ، وذلك بعرض النصوص والآراء وتحليلها ومقارتها ، ثم استخلاص المبادئ العامة .

غير انه فيما يتعلق بالفقه الاسلامي ، تحلل النصوص والآراء وتقارن بالاستناد الى الادلة من مصادر التشريع . النصوص عليها وغير النصوص ، وعلى ضوء من اصول الفقه الاسلامي والقواعد الفقهية العامة .

وعلى ضوء من هذا التحليل والمقارنة والاستنتاج المدعم بالادلة استخلصت نظرية التعسف في استعمال الحق ، بنية الاصول ، واضحة المعايير ، منبسطة الظل على جميع انواع الحقوق .

ب - تفاصيل المنهج :

ولما كان التعسف في استعمال الحق يفترض أساساً وجود الحق ، والحق تحدده طبيعته ومداه على ضوء من طبيعة الفقه نفسه ، والمبادئ التي يقوم عليها ، اقتضاناً ذلك تحريراً للمنهج العلمي في دراسة العلوم الاجتماعية الغائية كالتشريع، ان نبحث – بادىء ذي بدء – فيما يأتي :

طبيعة الفقه الإسلامي .

الأسس التي يرتكز عليها .

غاية هذا الفقه ، من الفردية او الجماعية .

وسيلة تحقيق هذه الغاية – وهي الحق .

طبيعة هذا الحق ومداه .

المبادئ التي يرتكز عليها الحق لتحقيق غاية الفقه حتى لا يلزم التناقض بين الوسيلة والغاية .

ثم مقارنة ذلك بنظيره من اهم المذاهب في فلسفة القانون – المذهب الفردي ومذهب التضامن الاجتماعي وفكرة الحق فيها .

ح - طبيعة الفقه الإسلامي :

١ - نقرر اولاً أن المقاصد الأساسية وما يتبعها او المصالح – وهي غايات الحقوق – من وضع الشارع الحكيم ، وليس للمجتهدين سلطة ابتداع المصالح ، بل عليهم تقصيها والكشف عنها عن طريق الادلة المنصوبة في الشرع من الكتاب والسنة ، والاجماع ، والقياس ، والاستدلال الصحيح المستند الى روح الشريعة ، وليس للمجتهدين ايضاً تنكب هذه المصالح الحقيقة في التشريع الاجتهادي بالاستناد الى ظواهر النصوص من الاطلاق او العموم ، لأن هذا تعسف في التشريع ولا يجوز .

٢ - يجمع بين المثالية والواقعية، او يمزج في قواعده بين الخلق والتشريع فلا تكاد تلمس فاصلًا بينها ، وهذه ميزة يتفرد بها الفقه الإسلامي ، ويحمل فقهاء القانون بتحقيقها ، ومن هنا كان الفقه الإسلامي تقويمًا لا تقريرياً . وعلى أساس المثالية قامت الدعامة الأخلاقية كحجر أساس في التشريع ، ومن هنا وجدت فيه فكرة التعسف – باعتبارها تمثل التزعة الأخلاقية في أرقى مظاهرها – توبه خصبة، فنمت ، وترعرعت كنظريّة عامة مدعمة الأصول بينه المعايير ، وارفة الظل ، تنبسط على جميع الحقوق .

وعلى هذا الأساس المثالي أيضًا ، قام مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي كمؤيد لنظرية التعسف ، سواء في ميدان السلطة والحكم في جميع مظاهره ، أم في ميدان التشريع الاجهادي ، ليذرًا اعتساف المصالح الحقيقة التي هي غابة التشريع وروحه .

وتبدو واقعيته في اعترافه بالصلحة الفردية ومصلحة الجماعة ، لما في الغاء إحداهما على حساب الأخرى من تجاهل لكونات الواقع ، وإنكار لمقتضيات الفطرة ، كما يُعترف بالفرد وكيانه الشخصي ، واستقلاله وحريته .

أما استقلال الفرد فليس مطلقاً حتى يكون أناياً منعزلاً ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون في دائرة البر ، وأما حرية فقد أرسى التشريع الإسلامي قاعدة المسؤولية الفردية والمسؤولية الجماعية تجاه ممارسة الفرد خالص حقه وهذه المسؤولية هي التي تبرر هذه الحرية وتقيدها بما يصون حق الغير من الاعتداء والتعسف على سواء.

د - غابة الفقه الإسلامي :

غايتها مزدوجة : مصلحة الفرد والمصلحة العامة، وشرع من القواعد العامة المحكمة ما يكفل التنسيق بينها عند التعارض ، على مقتضى من العدل والحكمة والمنطق التشريعي السليم .

٩ - وسيلة الفقه لتحقيق غايتها :

كان منطقياً إذن أن يشرع من الوسائل ما يحقق هذه الغاية المزدوجة : المصلحة الفردية والمصلحة العامة ، فشرع الحق الفردي ، وشرع حق الجماعة ، يو شدنا إلى هذا تقسم الأصولين - في باب المحكوم فيه - الحق إلى قسمين رئيسيين : حق العبد ، وحق الله ، وقالوا في الأول هو ما يتعلّق به مصلحة خاصة ، وفي الثاني ما يتعلّق به النفع العام ، ولذا أضيف إليه تعالى لعظم خطره وشمول نفعه .

ومن هنا اعترف بالملكية الفردية كدعامة أساسية في التنظيم التشريعي ، كما هي دعامة أساسية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، وصانها وحماها حتى أصبح تقرير هذا الحق في الشريعة معلوماً من الدين بالضرورة والبداهة . كما اعترف بالملكية الجماعية في حدود ما تقتضيه المصلحة العامة ، وما يدرأ الضرر الأشد عن المجتمع الإسلامي .

و - تدخل الدولة :

وحماية المصلحة العامة شرع تدخل الدولة ، وتقدير الظروف التي تستدعي التدخل محكوم بالقواعد الفقهية العامة المعروفة ، فعدم التدخل إذا ترتب عليه مفسدة عامة حقيقة هي أربى من التدخل - على ما يقضي به المجتهدون وخبراء الاقتصاد أو الاجتماع أو السياسة حسب الأحوال - صير إلى التدخل بالقدر الذي يدرأ هذا الضرر العام ، وذلك لأن استعمال الحق الفردي في بعض الظروف يؤدي إلى ضرر عام فيمنع في هذه الحالة درءاً للتعسف ، ولا يتم ذلك إلا بتدخلولي الأمر حيث تقتضي الحاجة العامة ذلك ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وببحث سلطةولي الأمر ومدى تدخله في شؤون الأفراد متعلق بباب السياسة الشرعية ، وقد عني الفقهاء المسموون ببيان أحكامها أياماً عناية ، ورعاية

لصالح العام ، وهو باب متفرع عن أصل سد الذرائع ، وهذا يعتبر بدوره توثيقاً للمبدأ العام الذي قام عليه التشريع الإسلامي من جلب المصالح ودرء المفاسد وان درء المفسدة اولى من جلب المصلحة .

تضطلع نظرية التعسف باقامة التوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة :

وإقامة التوازن بين المصلحة الفردية ومصلحة الجماعة هو ما تضطلع به نظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء من القواعد العامة المحكمة في الشريعة .

ز - طبيعة الحق الفردي في الفقه الإسلامي :

١ - الحق منحة وليس صفة طبيعية للإنسان :

حق الفرد – في نظر الشريعة – منحة منه تعالى ، إذ الفرد لم يستحق هذا الحق بحكم الأصل ، وهذا مبدأ له خطره من حيث تقييد الحق ، إذ يتربى على هذا النظر أن الشريعة هي أساس الحق ، وليس الحق هو أساس الشريعة ، أي أن الحق الفردي ليس صفة طبيعية جاءت الشريعة لتقريره ، وبناء الأحكام عليه كما هو شأن في القوانين ذات النزعة الفردية ، بل الشريعة هي التي أنسأت الحق ، ومنحته الفرد ... كما شرعت المصالح التي قررت هذه الحقوق لتحقيقها.

٢ - الحق مجرد وسيلة لتحقيق غايته وليس غاية في ذاته :

الحق في الشريعة مجرد وسيلة إلى تحقيق غايته ، وهي الحكمة أو المصلحة التي من أجلها شرع الحق ، فاستعمال الحق في غير ما شرع له تعسف .

٣ - الأصل في الحق التقييد لا الاطلاق :

وإذا كانت الشريعة هي أساس الحق ، فالالأصل في الحق التقييد؛ لأنه مقيد

ابتداء باقيته به الشريعة ، وعلى هذا فليس الأصل فيه الاطلاق ، بل التقييد ووسائل التقييد في الشرع منها النصوص الخاصة ، ومنها القواعد العامة ، ومنها مقاصد الشريعة .

وتأسيساً على هذا النظر ، يمكن أن يتصور الفعل مشروعًا في ذاته بالنظر على استناده إلى حق ، وغير مشروع بالنظر لاستعماله في غير غايته ، أو لمناقضته لروح الشريعة ، أو قواعدها العامة ، وهذا هو لباب فكرة التعسف .

ح - الحق الفردي ذو طبيعة مزدوجة :

والحق في الفقه الإسلامي ذو طبيعة مزدوجة أيضًا ، ولا يتسم بالفردية المطلقة ، تلك الطبيعة تعتبر انعكاساً طبيعياً و حقيقياً لصفة الإنسان باعتباره كائناً اجتماعياً لا فرداً فطرياً منعزلاً ، أي يجمع بين الفردية والاجتماعية ، وهذا ما يقرره المحققون من علماء الأصول كالشاطبي ، إذ يقرر أن كل حق فردي مشوب بحق الله ، وحق الله هذا هو الحفاظة على حق الغير فرداً كان أم جماعة ، ولو أبانت استعمال الفرد لحقه كسباً وانتفاعاً ، أي أن الحفاظة على حق الغير لا تكون بالامتناع عن الاعتداء فحسب ، لأن هذا مقرر في جميع الشرائع ، بل وعن التعسف في استعمال الحق أيضاً ، إذا ترتب عليه ضرر بالغير فرداً كان أم جماعة ، يتبيّن ذلك من الأمثلة التي ضربها الشاطبي حالات التعسف تطبيقاً على هذا الأصل ، وهو ما لم تصل الشرائع الوضعية إلى تقريره إلا في مطلع القرن العشرين ، وعلى نحو خيّق وبهم كما قدمنا .

فراءاة حق الغير أو مصلحته إذن منظور إليها في كل حق فردي ، واستعماله مقيد بما يمنع المساس بها ، ولا ريب أن هذا الأصل يسبغ على الحقوق صفة اجتماعية .

وما يؤكّد هذه النزعة الاجتماعية في التشريع الإسلامي انه يحرم الاضرار بالغير دون وجه حق ، في شتى صوره ، وبأي وسيلة من الوسائل ، ولو كانت في

ظاهرها مشروعة ، ومن ذلك التعسف ، بل يجعل للغير حقاً في أن يرتفق وينتفع بذلك المالك قسراً عنه إذا دعت الحاجة - لا الضرورة فحسب - إلى ذلك، شريطة أن لا يعود على هذا الأخيب ضرر .

وبهذا يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية لا تعرف الحقوق المطلقة ، ولا تقرّ استعمال الحق على وجه تعسفي أو غير اجتماعي .

ط - للحق وظيفة اجتماعية وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية :

من الخطأ الشائع لدى بعض المتفقهة في الشريعة ان الحق وظيفة اجتماعية ولكنه - عند التحقيق - ليس كذلك - اذ لو اعتبر وظيفة اجتماعية ، لكان صاحب الحق موظفاً او مجرد وكيل يعمل لصالح الجماعة دون نظر الى مصلحته الخاصة ، وهذا في الحقيقة الغاء لفكرة الحق ، في حين ان الشريعة الإسلامية أقرت المصلحة الفردية اولاً ، وشرعت لها وسيلة تحقيقها ، وهو الحق الفردي ، ثم قيدته بما يمنع الاضرار بالغير من الفرد والجماعة ، وهذه هي الوظيفة الاجتماعية للحق ، فالحق في الشريعة لا يعود كونه ميزة لصاحبها اولاً ، غير انه يجمع الى ذلك عنصراً اجتماعياً ، وبذلك كان مزدوج الطبيعة .

ي - نظرية التغسف تقيم التوازن بين عنصري الحق :

كان لنظرية التعسف الفضل في الابقاء على فكرة الحق ، لأنها لم تلغ فكرة الحق بتحويله الى وظيفة اجتماعية ، بل حافظت على عنصريه الفردي والاجتماعي ، ثم اقامت التوازن بين هذين العنصرين ، حتى لا يطفئ احدهما على الآخر ، واقامت التوازن ايضاً بين المصالح الفردية وصالح الجماعة من باب اولى كما ذكرنا ؛ لأن الضرر في اهدار مصلحة الجماعة أشد .

وبالجملة ، فطبيعة الحق الفردي في الشريعة أنه منحة منه تعالى لتحقيق المصلحة التي من أجلها شرع ، وليس صفة طبيعية للانسان ، وإن الأصل فيه التقيد

لا الاطلاق؛ لأن الشريعة هي اساس الحق ، وليس هو اساس الشريعة ، كما انه وسيلة لتحقيق غاية وليس غاية في ذاته ، والا لكان طبيعته الاطلاق ، ثم هو ذو صفة مزدوجة فردية واجتماعية، فليس فرديا مطلقاً ، ولا وظيفة اجتماعية خالصة.

كـ - الأسس التي يقوم عليها تقييد الحق هي :

الأساس الأول

ان المصالح معتبرة في الاحكام – او كما يقول الاصوليون : الاحكام – وهي مناشئ الحقوق – مبنية على مصالح العباد ، ويترفع على هذا الاصل ان الحق انتها شرع لتحقيق مصلحة قصدها الشارع، وينتزع عن ذلك كقضية منطقية ان قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، فاستعمال الحق في غير ما شرع له من المصلحة تعسف ، لانه مناقضة لقصد الشارع ، ومناقضة الشرع عيناً باطلة بالاجماع ، فما ادى الى ذلك باطل .

وعلى هذا، فاستعمال الحق مجرد قصد الاضرار ، او دون مصلحة تعود على صاحبه ، او لتحقيق اغراض تافهة او ضئيلة لا تتناسب مع الاضرار اللاحقة بالغير من الفرد او الجماعة ، او اتخاذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة ، بالتحايل على قواعد الشريعة ، كل ذلك تعسف محروم في الشرع ، لمناقضته قصد الشارع في التشريع ، ولا نعني بالتعسف الا هذا .

الأساس الثاني :

التسكالف الاجتماعي ، وهو ثمرة طبيعية لاصول مستقرة في الشريعة تنبع من اصل العقيدة ، وهو تكافل جماعات النصوص بتقريره بما يشمل جميع نواحي الحياة ، مادية كانت ام معنوية، ومن ثم فلا يجوز استعمال الحق على وجه يخل بهذا التكافل ، اما التكافل المادي بوجه خاص ، فهو يقيد الحق الفردي بالنسبة لحق فردي مثله ، كما يقيده بالنسبة لحق الجماعة ايضاً .

الاساس الثالث :

مبدأ الخلافة الانسانية في الارض، فهو اصل الالتزامات الاجبانية والسلبية في استعمال الحقوق؛ لأنها مقيدة باشرع المستظيف، وهو الله سبحانه من احكام استحق هذه الخلافة على الوجه الاكمل.

الاساس الرابع :

الوظيفة الاجتماعية للمال :

ان المال وسيلة أمن وخير ، ولا يكون كذلك الا اذا ادى وظيفته نحو الجماعة ، من الانفاق والتمير ، في الوجوه المشروعة ، فاستعمال حق الملكية اذن مقيد بهذه العنصرين .

الاساس الخامس :

التوسط والاعتدال ، وقد جاءت النصوص بتقرير هذا الاصول ، وذلك بما ينفي عنه استعمال الحق صفة الغلو والتطرف ، او الاهمال والتغريط .

ل - نظرية التعسف ثمرة هذه الاصول :

الاسس التي تقييد الحق هي بعینها التي تقوم عليها نظرية التعسف .

حقيقة التعسف وطبيعته :

يقوم التعسف في استعمال الحق على فعل مشروع لذاته ، لانه يستند الى حق او اباحة ، ولكن هذا الحق استعمل على وجه يخالف الحكمة التي من اجلها شرع الحق ، والمخالفة او المناقضة تظهر من ناحيتين :

الأولى: من حيث الباعث الدافع الذي حرّك ارادة ذي الحق الى ان يتصرف

بحقه لتحقيق غرض غير مشروع ، من الاضرار بالغير ، أو هدم قواعد الشرع ،
بتخليل حرم ، او اسقاط واجب ، تحت ستار الحق .

الثانية : من جهة النتيجة او الواقعه المادية او الشمرة التي تترتب على استعمال
الحق بحد ذاتها ، بقطع النظر عن العوامل النفسيه – فإذا كانت تلك النتائج اضراراً
او مفاسد راجحة منع التسبب فيها ، اي مباشرة الحق ، ووجه المناقضة هنا ظاهر ؟
لان الحقوق لم تشرع وسائل لتحقيق مضار او مفاسد غالبة ، الامر الذي لا يتفق
مع أصل الشريعة ، منها مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد ، وان درء
المفاسد مقدم على جلب المصالح .

م – التعسف يرتبط اساساً بغایة الحق ومدى استعماله :

وقد انتهيت في بحثي الى ان التعسف يرتبط اساساً بغایة الحق ، والمصلحة
التي شرع من أجلها ، فالتعسف في حقيقته تتكب تلك المصلحة بوسيلة او باخرى ،
وليس متعلقاً بالسلطات التي يخونها الحق صاحبه ، لانها مشروعه في الاصل كما
بينا ، بدليل ان التعسف لو زايله الباعث غير المشروع ، او انتهى الى مآل غير
من نوع ، عاد استعماله لحقه كما كان في الاصل مشروعأ .

أو بعبارة أخرى ان التعسف لا يتعلق بهضمون الحق او حدوده الموضوعية
بل بالباعث على الاستعمال ، او نتيجة هذا الاستعمال ، وذلك هو المقصود بغایة الحق .

ن – التمييز بين التعسف والمحاوزة :

لما كان الخلط بين التعسف والمحاوزة قد وقع فيه كثير من الفقهاء المعاصرین
حتى اضحي مفهوم هذه النظرية غير محدد في اذهانهم ، رأيت ان اميز بين التعسف
والمحاوزة ، فأوضحت ان التعسف يفترض اساساً وجود الحق ، اي ان التعسف
يتصرف داخل حدود الحق الموضوعية لا يتجاوزها ، وعلى هذا فال فعل في التعسف
مشروع لذاته بولكنه معيب في باعثه او مآلاته ، في حين ان الفعل في المحاوزة غير

مشروع لذاته ، بقطع النظر عن باعه او نتيجته ، حتى ولو كانت نتيجته نفعاً ذلك لانه لا يستند الى حق أصلأ؛ فهو خض تعد، لتجاوز حدود الحق الموضوعية، وهذا هو فيصل التفرقة بينها .

س - تأصيل التعسف :

واوضحت ان التعسف ليس مبنأ «التعدي بالتبسبب في المفهوم الشرعي ولا «الخطأ» في المفهوم القانوني المولد للمسئولية التقصيرية ، لات ارتباط نظرية التعسف بغاية الحق على النحو الذي قدمنا يعني عدم ابتنائها على فكرة التعدي عن طريق التسبب في المفهوم الشرعي أو «الخطأ» وهو مبني المسؤولية التقصيرية في المفهوم القانوني اي كانت صورة ذلك الخطأ .

ع - استقلال نظرية التعسف :

وأيدنا استقلال النظرية ، ونفى اعتبارها مجرد تطبيق لنظرية المسؤولية التقصيرية ، وأشارت الى انه يجب الا يضلنا عن حقيقة التعسف اطلاق بعض الفقهاء لفظ «التعدي» عليه ؛ اذ ليست العبرة بظاهر اللفظ ؛ بل باهية التعسف وحقيقة .

كما ينبغي الا يضل فقهاء القانون ما أتى به القضاة الفرنسي في القرن الثامن عشر والتاسع عشر من حلول على مقتضى نظرية التعسف ، ومحاولة تبريرها بناء على فكرة «الخطأ» مبني المسؤولية التقصيرية في القانون ؛ لأن ذلك كان لظروف قوية حملتهم على ذلك ، وهي خلو القانون آنذاك من بنصوص تقرر هذه النظرية ، لما كان يسوده من تزعة فردية ؛ فقد كان ذلك التبرير لاسباغ صفة المشروعية على تلك الاحكام .

ف - فكره التعدي بطريق التسبب في الشرع او فكره الخطأ في القانون كلامها يقصر عن استيعاب جميع حالات التعسف :

ان التعدي بطريق التسبب في الفقه الاسلامي يرتكز اساسا على فعل غير مشروع لذاته ، وهذه ناحية موضوعية ، في حين ان التعسف يرتكز اساسا على فعل مشروع في الاصل . على أثال لو أخذنا بالمفهوم المتطور لفكرة التعدي ، عند الفقهاء المتأخرین ، وهي التي تعتمد العوامل النفسية من مثل تعمد الاضرار ، أو الاهمال ، أو عدم التبصر ، فانا نجد ان من الحالات ما يتحقق فيها التعسف ب مجرد حدوث واقعة الضرر على قدر معين من الجسامنة ، دون نظر الى العناصر النفسية من الدوافع والبواعث او الاهمال والتقصير في اتخاذ الحيوطة ، بل قد يتحرك دور هذه النظرية قبل التسبب في الفعل ب مجرد توقيع الضرر ، اي احتمال وقوعه احتمالا راجحا ، فيدفع قبل الواقع ، بما لا ينطبق عليه قاعدة التعدي بالتسبب او قاعدة المسئولية التقصيرية .

على ان الضرر بين اللاحق بالجهاز او الضرر العام اللاحق بالجماعة يمنع صاحب الحق من التسبب فيه عن طريق استعماله لحقه ، ولا بنظر في هذه الحال الا ب مجرد هذه الواقعه المادية ، فعناصر التعدي او المسئولية التقصيرية لا تنطبق هنا لامرين :

الاول : ان عنصر الخطأ غير مشحوط ، فيمنع ذو الحق من استعماله لحقه ولو كانت نيته حسنة ، اي ولو كان يشارك مثلا في الاقتصاد القومي ، وتنمية الثروة العامة ، كاقامة مصنع مثلا اذا ادى ذلك الى تعطيل الانتفاع بالمنافع المقصودة من العقارات السكنية التي اقيمت حوله .

الثاني : ان المسئولية المدنية ينظر فيها الى الخطأ والضرر كل منهما على استقلال ، ولا يشترط في الضرر ان يكون على قدر معين من الجسامنة ، ثم ينظر الى علاقة السبيبة بينهما ، في حين ان المسئولية التعسفية تشترط في الضرر . ان يكون بينا او فاحشا او عاما ، أي الى هذه النتيجة المادية الواقعه

ولا تنظر الى الخطأ ، فيكتفي اذن في هذه الحال ب مجرد التسبب ل تقوم المسؤولية التعسفية ، وهي مسؤولية مطلقة غير مشروطة بالخطأ او التعدي بطريق التسبب ، على خلاف ما تقتضي به قواعد المسؤولية التقصيرية .

ص - المسؤولية المطلقة ينادي بها اليوم فقهاء القانون الدولي والمدني :

على ان هذه المسؤولية المطلقة التي قررها الشرع الاسلامي منذ نشأته و تبلورت بها قواعده الفقيره العامة ، هي التي ينادي بها اليوم فقهاء القانون الدولي ل تطبق في ميدان العلاقات الدولية ، اي لتحكم استعمال الدولة حق السيادة على اقليمها في اجراء تجارب ذرية على ارضها لما يترب على ممارسة هذا النشاط الخطير - من نتائج و آثار ضارة بالدول المجاورة تصيب الكائنات الحية من الناحيتين الحيوية والوراثية ، وهذه الآثار قد تتدلى الى الاجيال المقبلة ، وذلك باعتبار ان هذه المسؤولية "أمر" تتطلبه الظروف الجديدة ؛ وبناء على ذلك تكون الدولة ممارسة هذا النشاط الذي يتم بطابع الخطورة الشديدة مسؤولة مطلقة تطبيقا لفكرة التعسف في معيارها المادي - عن الاضرار التي تلحقها بالدول المجاورة او برعايا تلك الدول مع اغفال البحث عن عُنصر الخطأ .

وفي القانون المدني الداخلي :

تطورت نظرية المسؤولية المبنية على الخطأ في الانظمة القانونية الداخلية لكي تتلاءم مع ظروف الحياة في المجتمعات الصناعية ، فأخذ القانون الامريكي والالماني وغيرهما يبدأ المسؤولية المطلقة عن النشاط شديد الخطير ، فيكون الشخص الذي قام بالنشاط مسؤولا ولو اتخاذ كل الاحتياطات الممكنة لمنع الضرر ، اي ولو لم يثبت أي خطأ من جانبه .

و اذا كانت نظرية التعسف بهذه المثابة من السعة والمرونة بحيث تستجيب

لظروف الحياة المتعددة ؛ فانها في الوقت نفسه تعتبر عاملات هاما في تطوير النظم التشريعية والقانونية .

ف - الوظيفة الوقائية لنظرية التعسف :

على ان احكام نظرية التعسف تحررك قبل صاحب الحق فيمنع قضاة قبل اقدمه على ممارسة حقه كما قدمنا ، اذا كان الضرر الذي يترتب على استعماله لحقه متوقعا او متحملا احتلا راجحا ، توقيا من وقوعه ، وهذا الدور لانزاه لقواعد المسؤولية التقتصيرية ، او التعدي .

ليس الضرر داعماً علة التعسف :

وايضاً ليس الضرر دالياً هو علة التعسف ، بل قد يبطل التصرف الشرعي القولي - من العقود ، وبالتالي لا تترتب عليه آثاره ، دون نظر الى واقعة الضرر اطلاقاً او احتمال وقوعه ، وذلك لمجرد مخالفة ذلك التصرف للحكمة الغائية او المصلحة التي من اجلها شرع . كما في نكاح التحليل ؛ فانه - على رأي المحققين باطل ؛ مخالفة للغرض الاجتماعي الذي من اجله شرع النكاح .

ولأنى للتعدي بطريق التسبب في الفقه « او الخطأ » القانوني دورا في هذه الحالة . كما يبطل التصرف الشرعي القولي كالعقود ، وبالتالي لا تترتب عليه آثاره ، ولو لم يلحق بالغير ضررا مباشرا ، كما في تصرفات السفيه ، اذ يحجز عليه لتعسفة في حق نفسه .

وهذا ما يقطع بان قواعد التعدي بالسبب او المسوولة التقصيرية لاجمالها في هذه الاحوال . وبالمجملة فنظريه التعسف تقوم على مبدأ سد الذرائع الذي يقوم بيدوره على اصل النظر في المآلات .

د - المعيار الجامع لاحكام نظرية التعسف يتوكل على استقلالها :

الضابط العام الذي ينظم جميع حالات التعسف قد استخلصته على خصوه من

النصوص والادلة، والقواعد العامة المثبتة لنظرية التعسف، وبما استقر في علم الاصول من مبادئه، وتوجيهه آراء ائمة الفقه في المذاهب المختلفة، وهو لا يعدو ان يكون: « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً يحسب الاصل » .

ش - معايير النظرية التفصيلية تجمع بين الذاتية والموضوعية :

اما معايير النظرية، او بتعبيرو اصولي « اصول التعسف » او « العلل » التي يتحقق بها التعسف ، فقد جمعت بين المعايير الذاتية والموضوعية او المادية، وما تفرع عنها ، وكانت من السعة والمرونة بحيث تستجيب لمقتضيات كل تطور اقتصادي، او اجتماعي، او حضاري ، ولم نر فيها أجرينا من مقارنة في هذا الصدد بين الشريعة والقانون نظيراً لهذه المعايير تعددآ ودقة وانضباطاً في أهم تشريعات العالم في الشرق والغرب ، لسبب بسيط هو أن هذه النظرية بما تثل من نزعة خلقية في التشريع ، وجدت في الشريعة الاسلامية بما هي دينية الصبغة ، تقيم للمبادئ الخلقية والقيم الانسانية والمثل العليا المقام الأول في تشريعها، تربة خصبة فتحت فيها وتوعرت ، بينما لم تعرف القوانين الوضعية هذه النظرية إلا في أواخر القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين - وإن كان قد اتجه الفقه والقضاء الغربيين الى تطبيق هذه النظرية في بعض معاييرها على ضيق وابهام - وذلك بالنظر لما كان يسود القوانين من نزعة فردية متطرفة ، تجعل من الفرد محور التشريع وغايته ، فلما آلت العمل بهذا النظر الى نتائج ظالمة من جراء التحكم والاستغلال تحت ستار استعمال الحق ، وظهر التناقض بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة ، الأمر الذي عجزت المذاهب الفردية عن التغلب على هذه المشكلة الخطيرة ذات الأثر البالغ في الاقتصاد والاجتماع والسياسة على سواء ، وظهر يأس الفرديين من ايجاد حل لهذه المشاكل على أساس من منطق مذهبهم ، بتقييد الحق الفردي ، أو ايجاد تفسير لتدخل الدولة رعاية للمصلحة العامة ، أو تمس قاعدة تحديد مدى هذا التدخل ، ولا سيما بعد هذا التطور الشامل بفعل

الثورة الصناعية والاختراعات الحدبية، ثار الفكر القانوني على الأصول التقليدية، وما تنتجه للفرد من سلطات مطلقة ، وانجحه وجهاً عكسيّاً على تفاوت ، أو جعل مصلحة الجماعة هي محور التشريع وغايته ، ولا يخفى ما في كلا النظرين من تطرف .

ولكن النظر الفقهي المعتدل اتجه إلى التوفيق بين المصلحتين ، وإقامة التوازن بينها على وجه يسبغ على الحق صفة اجتماعية ، ويلقي رقابة على استعماله؛ فكانت نظرية التعسف التي تعتبر دستوراً لباشرة الحقوق ، استجابة لمقتضيات العدالة ، وتقيناً للتزعة الأخلاقية في التشريع، ونزوًلاً على مقتضيات الواقع من الاعتراف بالمصلحة الفردية ومصلحة الجماعة ، فكانت الشريعة الإسلامية – وهي المثبت الأول لهذه النظرية المتكاملة – تعد بحق أحمل الشرائع بعناصر المرونة والحياة والقيم الإنسانية الخالدة بعامة .

ت - معايير النظرية في الفقه والتشريع المعاصرین :

لم تستقر نظرية التعسف على معاييرها كاملة في الفقه أو التشريع المعاصرین لأنها لا تزال فيها حديثة العهد وليدة النشأة .

فالفقيه جوسران : حامل لواء هذه النظرية في العصر الحديث يقصرها على معيار مبهم فضفاض ، وهو « التحاليل على الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق »، مما يعسر تطبيقه في القضاء ، فضلاً عن أنه يفتح باب التحكم للقضاء، لأن كل قاض ينظر إلى الغرض الاجتماعي والاقتصادي بنظاره الشخصي ، أو من خلال ميوله السياسية أو الحزبية ، وتبعه في هذا سالي - Saleill .

وبعدهم قصره على انعدام المصلحة المشروعة ، أخذًا من تعريف « اهرنج » للحق بأنه « مصلحة يحميها القانون » وبعدهم يقصر المعيار على « نية الضرار » وهو معيار ذاتي يمثل الصورة البدائية الضيقة لنظرية التعسف ، وأخذ بهذا المعيار التشريع الألماني .

كما أخذ القانون السوفيتي بعيار الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق ، ويرد عليه ما أوردها على تعریف جوسران .

وأما الجمهورية العربية المتحدة وسوريا ولبيا والعراق ، فقد أخذت معايير هذه النظرية بما استقر في الفقه الإسلامي من أصول ومبادئ ، وتحيل القارئ إلى بحث النظرية في الفقه والتشريع الوضعيين في هذا الكتاب .

الدافع إلى اختيار نظرية التعسف موضوعاً للرسالة :

والذي حفزني على اختيار هذه النظرية موضوعاً للرسالة ما رأيت من ضرورة اظهار ما تتطوّي عليه الشريعة الإسلامية من نظريات لم يصل إليها بعد أي تشريع في العالم ، كنظريّة « التعسف » ، حيث وجدت فيها كاملة ، مدروسة الأصول ، بينة المقاييس ، وارفة الظل ، تسود تطبيقانها مقتضيات العدالة ، كما تمثل بحق الاتجاه الاجتماعي المعقول ، والنزعـة الأخلاقية المثالـية .

بيان وجه اتفاق المنهج العلمي الذي اصطنعه وطبيعة المادة المدرّوسة :

وأخذت في بحثي هذا منهجاً ما أحسب أن أحداً قد اصطنعه من كتب في التعسف ، وهو منهج علمي حرر مشتق من طبيعة المادة المدرّوسة ، فلم أتناول النظرية تناولاً مبتسراً ، بل تناولاً منهجاً علمياً من الأصول التي انبثقت عنها . والمعنى في نظرية التعسف يرى أنها مرتبطة أساساً بطبيعة الحق نفسه ، يرشدنا إلى هذا أن لو كانت طبيعة الحق فردية مطلقة لما كان للنظرية وجود ، هذا وطبيعة الحق وغايتها ، انعكاس لطبيعة الفقه نفسه وغايتها .

يرشدنا إلى هذا أيضاً ، أن الحقوق وسائل يحدد الفقه طبيعتها على وضع بحيث تفضي إلى ما رسم من عاية ، وإلا كان التناقض بين الوسيلة والغاية ، وهو لا يتصور في تشريع منطقى سليم ، بل إن من القواعد المقررة في الأصول أن الوسيلة لا تشرع إذا لم تكن سبيلاً إلى الغاية أو مظنة إليها . إذا ثبت هذا ،

وأن الفقه هو فلسفة الحقوق ، وأن غايات هذه الحقوق هي في مجموعها غاية الفقه ، ثبت أن الحق يتحدد بالفقه طبيعة وهدفًا ، وهكذا نرى بجلاءً أن البحث في نظرية التعسف لارتباطها بطبيعة الحق - يجب - تحريراً للمنهج - أن ينطلق من طبيعة الفقه نفسه .

ثم لما كانت الأصول والقواعد التي يقوم عليها تقييد الحق هي بعينها الأصول التي تقوم عليها نظرية التعسف ، استدعانا ذلك إلى البحث فيها ، وتحليلها واستخلاص النتائج من هذا التحليل .

وهكذا نرى أن طبيعة المادة المدرستة هي التي تحدد منهج بحثها .

وإني إذ أخلص من هذه المقدمة التي أرجو أن تيسر تفهم البحث وتمثله طبيعة ومنهجاً بما عسى أن تعطي من صورة موجزة واضحة ، أمسألة تعالي أن يتقبل مني إخلاصي النقى في هذا العمل العلمي الجاد الذي سكبت فيه ذوب روحي ، وعصارة أعصاى ، ولقد سلخت من عمري سنين في محراب هذا الشرع الإسلامي الحنيف ، دراسة وتدريساً ، في تضحية سخية لا تقيم لغير التفقه في دين الله وزناً ، وتقان فيه لا تشفع عنده الصحة ولا رقة الحال ، مما سعيت - حياتي - إلى مادة أو منصب ، أفقن بها ، وبمحضي أن أرى في دنياي هذه من ثمرة جهدي ما يرضي ربى ، وما ابتعثت غير رضاه سيلأ ، إنه نعم المولى ونعم النصير .

القاهرة } ٢٣ من شوال سنة ١٣٨٤ .
{ ٢٥ من شباط سنة ١٩٦٥ .

فتتحي العزبي

رَفِعٌ

عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْجَنْوِيِّ
الْسَّلَكُ لِلَّهِ الْغَرْوَكِيِّ

www.moswarat.com

رفع

عبد الرحمن الغوري
أسلئر الدين الفزوقى
www.moswarat.com

الباب الأول

بحث مقارن
في
طبع "الفتح الإسلامي"
ونظريّة الفتاوى

الفصل الأول

الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده

مقدمة :

شغلت فكرة الحق وطبيعته و مدى تقييده أذهان رجال الفقه الإسلامي والقانوني و رجال الاجتماع والاقتصاد والسياسة المعاصرين على السواء ، وذلك بالنظر لتطور الحياة في شتى نواحيها ، نتيجة لهذا الانقلاب المائل في الصناعات وسائل انتاجها ، فكان لذلك صدأه في الفكر القانوني بخاصة ، بما جعله يؤمن بأن العكوف على المعنى الفلسفى للحقوق والحريات الذى كان سائداً في القرن الثامن عشر ، غداً لا يتحقق و مقتضيات الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية الحديثة ؟ إذ قد ثبتت الواقع في البلاد التي احتضنت المذهب الفردي كأساس لها في التقىين ، أن النشاط الفردي الحر - في ظل الانتاج الكبير - قد أدى إلى مظالم اجتماعية ، بما كان ينبع الحق الفردي صاحبه من سلطات مطلقة في الاستعمال والاستغلال والتصرف دون أن يجد من مداه إلا بعض القيود التي تتعلق بالنظام العام والأداب ، هذا فضلاً عن أن النشاط الخاص لم يعد كفياً بذاته بتحقيق ماقتضيه اقامة المرافق العامة من المشروعات الضخمة وتسخيرها على وجه يكفلصالح العام ، بما أوجب التفكير في توسيع نطاق وظيفة الدولة لتلتزم بما فشل هذا النظام في تحقيقه ، أو كان مazine لسوء الاستغلال والتحكم .

ولما كانت مبادئ المذهب الفردي لا تسعف في ايجاد تقسيم لسلطان الدولة على الحقوق الفردية ، فضلاً عن استخلاص قواعد عامة لتحديد مدى تدخلها فيها كفالة لمصلحة العامة ، ساد الشعور بوجوب نقض المذهب الفردي من أساسه الفلسفي ، وهو الحق المطلق^(١)؛ فلم تعد المجتمعات تؤمن بأن الحقوق امتيازات طبيعية للفرد ، وان ذاته هي محور القانون وغايته ، وأنه لا يتصور التعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة المجموع ، لأن سعادة الفرد هي سعادة المجموع ، ذلك لأن كل هذه المعتقدات أفسدها ما آآل إليه العمل بها من اتخاذ الحقوق معاملة الأنانية الفردية مما أدى بالتالي إلى خلق الطبقية المتنافرة ، والاستغلال الجشع والسلط القاهر ، فأثر ذلك في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية .

كان لهذه الثورة الصناعية اذن أثر بالغ في تطوير مدلول الحقوق والحربيات، وبدأت فكرة الحق تتعرض لأنماط من الضغط والتقييد ، وظهرت نظريات اجتماعية تهدف - على تفاوت بينها - إلى جعل مصلحة الجماعة أساساً للقانون وغاية له. هذا ، ولما كانت اصالة البحث العلمي تعتمد - أول ماتعتمد - على منهج دقيق مشتق من طبيعة المادة المدرستة ، اقتضاناً ذلك ادارة البحث - باديء ذي بدء - على طبيعة الفقه الاسلامي بالذات ، لنشق منه نظرية عامة (للحق) توضح لنا مصدره وطبيعته ومداه ، وغايته ، ثم الاصول العامة التي تحكم تنسيق الحقوق عند التعارض، ليتبدى لنا من خلالها مكانة كل من الفرد والمجتمع في هذا الفقه ، ومدى سلطان الدولة وتدخلها في حقوق الافراد ، ومقارنة ذلك بطبيعة الفقه القانوني في نظر أهم المذاهب الفردية والاجتماعية ، ونؤثر البدء في تناول بحث فكرة الحق في المذاهب الفردية والاجتماعية .

(١) سيأتي شرح هذا المذهب ومبادئه ص ٢ .

المبحث الثاني

١ - فكرة الحق في المذهب الفردي

يقيم أنصار الفردية القانون على أساس من نظرية الحقوق الطبيعية ، فيرون أن للفرد حقوقاً طبيعية مستمدة من ذاته هو باعتباره إنساناً ، ولد مده ، وكان يتمتع بها منذ عهد الفطرة الأولى ، فهي - لذلك - امتيازات طبيعية مطلقة ، وسابقة في وجودها على القانون بل وعلى الجماعة ، لأنها تستند إلى الحالة الطبيعية، فليس القانون هو أساس الحق بل الحق هو أساس القانون، وأفق ليس القانون من وظيفة إلا حماية هذا الحق ، وتكون أربابه من التمتع به ، والجماعة كذلك مسخرة لخدمة الفرد، فالفرد هو محور القانون وغايته، وفي تكين الفرد من تسمية موهبه وملكاته وفق ارادته تقدم المجتمع وازدهاره ، وهذا هو واجب القانون كما هو واجب الدولة على السواء .

هذا - ولا ضرر - في منطق هذا المذهب - من اطلاق الحقوق والحريات ، لأن مصلحة الفرد لا تتعارض مع مصلحة المجموع ، ذلك ، لأن حرية الفرد - حرية الرأي والعمل والملك والتجارة والتنقل وغيرها من الحريات - وسيلة حرية المجموع ومظهر لها^(١) .

٢ - أصل الدولة ووظائفها ومدى تنظيمها عند الفردية

ليست الدولة - في منطق هؤلاء - إلا ثمرة اتفاق ارادات الأفراد الحرة ،

(١) من سلسلة القانون والاقتصاد «الحريات العامة» ص ٣٢ للدكتور طبيعة البرف.

وهم اثنا اتفقوا على انشائهما بغية أن تقام بتنظيم القانون ، وكفالة الحريات ، والنهوض بهمة الأمن والدفاع ، فإذا تدخلت في الحقوق والحراء فانها تكون بذلك قد قبضت على مبرر وجودها ، وبيان ذلك : ان وظيفة الدولة - بقتضى القانون والمنطق - هي تمكين الفرد من تشجيع مواهبه وتنمية ملكاته ، وذلك بالسماح له بالتصرف وفق رغبته ومشيئته ، شريطة الا يعتدي على حق الغير^(١) العادل لحقه ، وهي إن احترمت حق الفرد ، وضمنت حريته ، فقد أدت وظيفتها الأساسية ، وهذا ما عنده (سيز)^(٢) يقوله : « ان الغرض الأساسي من اقامة أية هيئة عامة هو ضمان الحريات الفردية »^(٣) .

فالدولة لا تتدخل في نشاط الفرد إلا بالقدر اللازم لمنع التعارض بينه وبين غيره من الأفراد ، حتى تضمن التوافق اللازم لتحقيق الخير المشترك^(٤) .

على ان الفردان لا يعدمان سبباً يفسر تدخل الدولة في هذا النطاق الضيق الذي تقتضيه ضرورة الحياة في جماعة؛ غير أنهم عجزوا عن استئناف مبادئ تحدد مدى هذا التدخل ، فإذا كانت ضرورة اعمال فكرة القانون الازمة لكفالة الحريات تقتضي التنازل عن قسط من الحرية، فهذا التقييد الجزئي استثناء من الاصل العام، وهو الاباحة المطلقة حتى يرد قيد صريح ، فالقيود اذن استثناء من الاصل ، ويجب ان تبقى محكومة بالمبادأ الثابت من ان الاستثناء لا يجوز القياس عليه ، ولا التوسيع فيه، ويقدر دائمًا بقدرها^(٥) .

(١) اي اعتداء حقيقياً فيه بحاوزة الفرد حقه الى حق الغير ، أما استعمال الحق بقصد الاضرار بغيره وهو ما يسمى (بالتعسف) فلم يكن معروفاً لدى انصار هذه النظرية .

(٢) المشرع الكبير في عهد الثورة الفرنسية .

(٣) نظرية المذهب الفردي للدكتور سيد صبري ، مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الثالث والرابع ، السنة العشرون ص ١٦١ وما بعدها .

(٤) مسلسل الاقتصاد والسياسة « الحريات العامة » للدكتور طعيمة الجرف ص ٣١ .

(٥) نفس المرجع السابق ص ٣ ، اصول النظم الاجتماعية للدكتور الجمال

والخلاصة أن المذهب الفردي يقدس الفرد وحقوقه ، ويعتبره غاية في ذاته ، وان كلّاً من القانون والجماعة والدولة مسخر لخدمة مصالحه ، وضمان حريته ، وتنشيط مواهبه .

٣ — نقد المذهب الفردي

لعل أوضح ما يؤخذ على هذا المذهب أنه لا يرعى الصالح العام ، بسبب ما ذهب إليه من افتراض خاطئ مزداه أن الصالح العام ليس الا حصيلة المصالح الفردية ، أو بعبارة أخرى أن الصالح العام يتحقق تلقائياً عبود رعاية المصالح الفردية المختلفة^(١) . الواقع لا يؤيد ذلك ، فان كثيراً من المصالح العامة لا يفكرون الأفراد في رعايتها ، بل يعملون على ما يضر بها بدافع من الازمة والانانية . هذا فضلاً عن أن المجهودات الفردية تتوء ببعض المرافق العامة : كمرافق التعليم والصحة والتموين ، فلا بد إذن من إشراف الدولة عليها ، والنهوض بها بدلاً من الأفراد .

أضف الى ذلك أن الأفراد قد ثبت فشلهم في النهوض بالمشروعات الضخمة كالشركات الصناعية الكبيرة وفي تسييرها على نحو يحقق المصلحة العامة ، ويدرأ الاستغلال ، ومن هنا نشأ التناقض بين المصالح الفردية والمصالح العامة ، ومن ثورته مشكلة عدم التكافؤ بين أرباب العمل والعمال ... أو مشكلة استغلال المنتج للمستهلك ، فكيف يمكن تسوية مثل هذه المشكلات ، وتنظيم العلاقات الاجتماعية في ضوء هذه الظروف المستحدثة دون تدخل من الدولة ؟

اعتقد أنه لا ثور شك في وجود التعارض بين المصالح الفردية والمصلحة العامة في هذا المضمار ، وهو الامر الذي قد نفاه المذهب الفردي ، وبالتالي لم يضع له حلـ

(١) المدخل للعلوم القانونية للدكتور عبد المنعم البدرأوى من ٣٧ ، النظريات والنظم السياسية للدكتور طعيمة الجرف ص ١٤١ و ١٣٢ .

هذا ، والتدخل اهنا يعني قوة اشراف الدولة ودقة ادارتها ، تحقيقاً للعدالة الاجتماعية ودرءاً لاستغلال القوة الضعيفة في المجتمع ، وابعاداً للنشاط اخلاص عن مطان التعسف والتحكم .

والحكم على اشراف الدولة بالخير والشر ينطوي على خطأً بين ؛ للالتباس بين كلمتي (دولة وحكومة) فلا يعني فشل الحكومة في بعض الاعمال الحكم على الدولة بالفشل ؛ لأن الحكومة تقوم وتسقط ، ولكن الدولة حقيقة ثابتة لا تتغير ، وان كان من المفروض أن تعمل الحكومة على تحقيق أهداف الدولة^(١) .

هذا ، والاساس الفلسفي الذي بنى عليه هذا المذهب يحمل في طياته بذور فساده ، فقد غالى في اطلاق الحقوق والحربيات بدعوى أنها حقوق طبيعية للانسان ولدت معه منذ النشأة الاولى ، ولكن هذا تصوير للانسان الفطري المنعزل ، وهو لا وجود له في الواقع ، لأن الانسان لم يوجد الا في وسط اجتماعي ، بل لا قبل له بالعيش الا في جماعة .

على أنا نتكلم في (الحقوق) وهي لاتوجد الا حيث توجد الروابط الاجتماعية بين الأفراد ، وهذا يستلزم بالضرورة ان يكون صاحب هذه الحقوق كائنا اجتماعيا ، وبذلك انتقض المذهب الفردي من أساسه ، وفسدَ كل مابنى عليه من تائج . على أن المذهب الفردي لا يقيم وزنا لأي اعتبار اخلاقي الا فيما يتعلق « بالذات » أو « الانا »^(٢) لأن الذات هي المحور الذي يدور عليه سلوك الفرد .

والخلاصة : أن تدخل الدولة ظاهرة اقتضتها طبيعة الظروف المستحدثة ، وتعقد الحياة الحاضرة ، وغزاره مطالبه المادية والمعنوية ، وأنه كما تجب مراعاة الشؤون الفردية تجب مراعاة الشؤون الاجتماعية ، وهو ما عجزت النظرية الفردية عن تقسيمه ، وتحديد مداه .

(١) النظريات والمذاهب السياسية للدكتور مصطفى الحشاب ص ١٧ .

(٢) النظريات والمذاهب السياسية للدكتور مصطفى الحشاب ص ٢١٦ وما بعدها ، النظريات والنظم السياسية للدكتور طعيمة الجرف ص ١٣٨ .

المحتوى

١— فَسْدَةُ الْحُقْرِ فِي مِزَاهِبِ التَّضَامِنِ الْإِجْمَاعِيِّ

يرى فقه هذا المذهب - وهو متأثر عكسياً بفقه المذهب الفردي ان القانون - كظاهرة اجتماعية - يجب ان يقوم على أساس عملي واقعي مشتق من المشاهدة والتجربة ، لا على أساس من مثل عليا ميتافيزيكية - بما وراء الطبيعة - او على أساس من التأمل الفلسفى ، لأن هذا شخص افتراض وخيال ، فالزعم بأن الفرد وجد في عهد الفطرة الأولى مزوداً بحقوق طبيعية مطلقة مستمدة من ذاته ، سابقة في وجودها على القانون وعلى الجماعة^(١) امر لا يؤيده الواقع ، اذ من المسلمات البدهية ان الانسان لم يوجد قط في تلك الحالة الطبيعية الفطرية ، لسبب بسيط هو أن الانسان لا يملك ان يعيش الا في وسط اجتماعي متضامناً مع افراد مجتمعه في قضاء متطلبات حياته التي ترداد - بتقدم الحضارة والمدنية - وفرة وغزارة ، واذا ثبت ان الانسان كائن اجتماعي ، وأنه لا يسعه العيش الا في جماعة وان الجماعة لا قبل لها أن تحيي الا بالتضامن الاجتماعي ، وان هذا التضامن لابد

(١) أصول القوانين للدكتور عبد الرزاق السنورى والدكتور حشمت الى ستين من ٦١ وما بعدها ، سلسلة الاقتصاد والسياسة «الجريدة العامة» للدكتور طعيمة الجرف من ٧٦ ، أصول القانون للدكتور حسن حكيرة من ١٥٨ و من ٥٤٢ ، النظريات والمذاهب السياسية للدكتور مصطفى الخناب من ٢٢٠ ، الدخل للعلوم القانونية للدكتور عبد المنعم البدرأوي من ٣٦ ، مجلة القانون والاقتصاد «اساس القانون» للدكتور محمد عبد الله العربي عدد سنة من ٣٦٤ وما بعدها ، مجلة القانون والاقتصاد للدكتور سيد صبرى العددان ٢ و ٤ سنة ٢٠٠ من ١٨٠ .

لتحقيقه من قواعد تنظيم سلوكي الافراد وفقته ، نتج عن هذه المقدمات امرين :
الاول : ان الانسان الفطري المنعزل لا وجود له ، فلا يصلح هو او صفاته
المميزة له من الحريات والحقوق المطلقة أساساً للقانون .

الثاني : ان التضامن الاجتماعي هو الاساس الوحيد والمعقول للقانون
باعتباره القاعدة الفرورية لحياة الجماعة .

وب يكن صياغة قاعدة التضامن الاجتماعي فيما يلي :
« ان الفرد - حاكماً او مسكوناً - ملزم بالامتناع عما يخل بهذا التضامن ،
وملزم كذلك بانجاز كل فعل يؤدي الى صيانته وتتميته » .

هذه القاعدة الاساسية بناحتها : الايجابية والسلبية ، يجب أن يصاغ
القانون على أساسها بحيث يكون تطبيقاً لها ، لأنها خلاصة القانون وملاكه .
وإذا كان التضامن الاجتماعي هو أساس حياة الجماعة ، وان القانون انا صبغ
بقواعد تحقيق هذا التضامن ، كانت مصلحة الجماعة هي أساس القانون ، والفرد
مسخر ظلمة مصالحها .

هذا ، والجماعة هي صاحبة الحق ، وهي التي تمنح للفرد ، ليؤدي المهمة
الاجتماعية الملقة على عاته ، فهو لم ينزع حقاً الا ليؤدي واجباً .

وتفسير ذلك : « ان الفرد اذا كان ملزم بالعمل على تحقيق التضامن الاجتماعي
وملزم كذلك بالامتناع عما يخل به ، كان له (الحق) في القيام بكل عمل يفضي
إلى هذا التضامن ، وان يصد الغير - كائناً من كان - عن عرقلة الدور الاجتماعي
المفروض عليه انجازه » .

وعلى هذا ، فالحق ليس ميزة طبيعية يتصرف بها الفرد وفق رغبته ومشيئته ،
بل (الحق) سلطة او مكنته منحتها الجماعة الفرد الاجتماعي ، ليتمكن بها من
القيام بواجبه الذي تتضمنه مستلزمات التضامن الاجتماعي ، اذ من التناقض ان
يفرض المشرع على الفرد واجباً معيناً يتحمّله اداةً ، ثم لا ينجزه السلطة التي يمكنه
من القيام بهذا الواجب ، لأن هذا ضرب من التكليف بالمحال .

فوضوح اذن ان (الحق) سببه هذا الالتزام .

وبامعان النظر في طبيعة الحق - في منطق هذا المذهب - يبدو لنا انه مجرد وظيفة اجتماعية او مركز قانوني ، يخلقه المشرع متى شاء وكما شاء ، على ضوء من مصلحة الجماعة دون النظر الى الافراد ومصالحهم الذاتية^(١) وتعتبر هذه الوظيفة سبباً في تكليف الشخص بالتزامات ايجابية وسلبية يتحمّل عليه اداؤها في سبيل تحقيق التضامن الاجتماعي او الصالح العام .

والملاحة ان الحقوق من الجماعة والجماعات ، فهي تدور مع التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للجماعة ، تتأثر به ويتحكم هو فيها^(٢) وهي اثنا تقررت لمصلحة الجماعة لا لمصلحة الفرد ، وانها - لذلك - تعتبر مجرد اختصاصات او وظائف اجتماعية ، واصحابها موظفون عامون موكلون باستعمالها على وجه يحقق الصالح العام^(٣) .

٢ - طبيعة صن المملكية بين المذهبين : الفردي والتضامن الاجتماعي

ذكرنا ان منطق المذهب الفردي يؤدي الى الاعتراف بحق الملكية حقاً مطلقاً لكل فرد ، اذ هو امتداد شخصيته في الجماعة ، وعامل من عوامل تأكيد ذاته^(٤) وهو قائم على حرية في ممارسة نشاطه ، ومن ثم في امتلاكه نتيجة هذا النشاط ، ولكن هذا الوضع لا يفسر لنا التشريعات التي أصبحت تحد من

(١) نظرية الحق للدكتور شفيق شحاته ص ١٠ وما بعدها .

(٢) مسلسلة الاقتصاد والسياسة « الحريات العامة » للدكتور طعيمة الجرف ص ٩٤ ، اصول النظم الاجتماعية للدكتور احمد عبد القادر الحمال ص ٢٢٥ .

(٣) اصول القوانين للدكتور عبد الرزاق السنوري وحشمت ابي ستبيت ص ٢٦ وما بعدها .

(٤) مسلسلة الاقتصاد والسياسة « الحريات العامة » ص ٩٤ للدكتور طعيمة الجرف .

حق الملكية^(١) لندرأ التعسف في استعماله وتحول دون اتخاذ وسيلة للضرار بالغير من الفرد او الجماعة .

أما مذهب التضامن الاجتماعي فإنه يعترف بحق الملكية الفردية ، ولكن يراه من طبيعة أخرى تختلف عما يدعوه أنصار المذهب الفردي ، وبيان ذلك : ان حق الملكية – في منطق التضامن الاجتماعي لا يجب اعتباره سوى تمكين « المالك » من القيام بوظيفته الاجتماعية التي يتحتم عليه اداها بحكم كونه مالكا؛ لأنها تسهم في تحقيق التضامن الاجتماعي – الصالح العام – ومن ثم كانت المبرر الوحيد لوجود حق الملكية ، كما أنها القيد الذي يحدد مدى استعمال هذا الحق . ويتربى على هذا النظر أمران :

الأول : ان حق الملكية قابل للزوال ، فإذا تغيرت الظروف الاجتماعية والاقتصادية بحيث أصبحت الملكية لائزدة وظيفتها الاجتماعية فإنها تكون – بذلك قد فقدت مبرر وجودها ، ومن هنا كانت الملكية حدثاً عادضاً اقتضاه التطور الاجتماعي والاقتصادي^(٢) .

الثاني : انه لا يجوز استعمال حق الملكية في غير الوظيفة الاجتماعية التي منع هذا الحق من اجلها . وتترتب مسؤولية المالك اذا استعمل حقه للضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة؛ لأن هذا يخل بالتضامن الاجتماعي ، وهو ملزم بالامتناع عن ذلك ، كما لا يجوز للمالك ان يمنع الغير من ان يستعمل ملكه فيما لا يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية ، كأن يد سلكا فوق ارضه ، او ان يطير في فضائه ، او ان يأخذ ماء من ترعةه بفيض عن حاجته بعد أن يأخذ منه العوض

(١) نظرية التضامن الاجتماعي للدكتور سيد صبري ، مجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع السنة العشرون من ١٧٦ وما بعدها .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الثالث والرابع السنة العشرون ، نظرية التضامن الاجتماعي للدكتور سيد صibri من ١٧٥ وما بعدها .

ال المناسب^(١). على ان مذهب التضامن الاجتماعي فضلا عن اعترافه بالملكية الفردية، فإنه يعتبرها ركنا هاما في الانتاج ، ذلك لأن التضامن الاجتماعي يقتضي ان يستولي كل عامل على ثمرة عمله ، وان يستطيع ادخاره ، وان يودع عنه ، وبذلك تتوطد دعائم الملكية الفردية لتصبح ركنا اساسيا في الانتاج .

هذا ومن الجدير بالذكر ان هذا المذهب يسوّي بين الحق والرخصة^(٢) من حيث تقييدها بما يحقق الخير المشترك ، فالحرية - وهي رخصة اجتماعية - كحق الملكية ، كلامها منحه الجماعة لاداء واجب ، فلا يجوز للفرد أن يتمتع من الحرية الا بالقدر الذي يتفق ومصالحتها^(٣) ويترتب على هذا ايضا انه لا يجوز للفرد أن يتضرر مثلا ، او ان يعرض حياته للخطر ، لانه مامنح الحرية الا ليقوم بواجب تنمية مواهبه وملكته لضرورة ذلك للتضامن الاجتماعي^(٤) ، فهو حر في الحدود المؤدية لتحقيق ذلك .

٣ — صریح سلطان الدولة على الحقوق الفردية في هذا المذهب

قلنا ان الحقوق - في منطق هذا المذهب - من الجماعة والجماعة وهي مجرد وسائل واحتياصات يضعها المجتمع في يد الافراد لتحقيق الخير الجماعي

(١) اصول القانون للدكتور عبد الرزاق السنواري وحشمت اي ست.

ص ٦٦ وما بعدها .

(٢) الرخصة هي مكنة واقعية للاستفادة دون استئثار ، اما الحق فهو اختصاص بخول الشارع بقتضاه شخصا معيناً سلطة على شيء او اقتضاه اداء من آخر ، راجع اصول القانون للدكتور حسن كبيرة ص ٥٦٥ ، ومصادر الحق للدكتور السنواري ج ١ ص ٥ .

(٣) المدخل للعلوم القانونية للدكتور عبد المنعم البدراوي ص ٣٧ .

(٤) مجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع السنة العشرون ص ١٧٦ ، نظرية التضامن الاجتماعي للدكتور سيد صبرى .

او الصالح العام ، ذلك ؟ لأن الأفراد بحكم آفانيتهم واثرهم من جهة ، وبحكم طاقاتهم المحدودة من جهة أخرى ، قد فشلوا في تحقيق الخير لذواتهم والناس ، والنهوض بجميع اوجه النشاط ، لاسيما في هذا العصر الذي يتسم بطابع الاتساع الصناعي الكبير نظراً لوسائله الضخمة ، الامر الذي تتواء بحملة طاقات الأفراد المحدودة ، فضلاً عن تسخيره على نحو يحقق الخير المشترك ، والعدالة الاجتماعية ، والمساواه الفعلية بين رأس المال والعمل ، أو التكافؤ بين ارباب العمل والعمال ، او المتبع والمتبلىك ؟ لذا يرى هذا المذهب انه يتبع على الدولة^(١) - ازالة لهذا التناقض بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة وتحقيقاً للعدالة الاجتماعية - ان تتدخل لتنظيم العلاقات والروابط الاجتماعية على الاقل ، والا أدى اطلاق العنان لحرية التعاقد في هذا المضمار الى انقسام المجتمع الى طبقة مستغلة رافهة وأخرى كادحة مهضومة الحق ، ومن هنا تظهر ازمة المذهب الفردي في حل هذه المشكلة التي خلقها التطور الاجتماعي والاقتصادي بفضل الثورة الصناعية .

مذهب التضامن الاجتماعي اذن يوسع من اختصاصات الدولة واشرافها على الشئون الفردية والاجتماعية^(٢) بالنظر لطبيعة الظروف المستحدثة ، والدولة اذ تشرف على رسم الغايات وتحديد الاهداف وبيان الطريق الذي يجب ان يسلكه الفرد في مباشرة حقوقه على ضوء من مصلحة الجماعة ، اما تفادى بذلك مظالم الفردية المطلقة ، لتهض بتسيير النظام الاجتماعي والاقتصادي وتوجيهه من حيث فشل الأفراد في تحريك هذا النظام .

(١) على الرغم من ان هذا المذهب يعتبر الدولة حدثاً واقعياً لا شخصية اعتبارية قانونية ، فإنه يسبغ عليها « كفوة واقعية » صفة الشرعية اذا ما انطلقت تلزم بقواعد التضامن الاجتماعي ان في الادارة او القضاء او التشريع ، والا كانت في نظره قوة عاشة تحب مقاومتها والثورة عليها . المدخل الى العلوم القانونية للدكتور البدراوي ص ٣٧ وما بعدها .

(٢) النظريات والمذاهب السياسية للدكتور مصطفى الخشاب ص ٢٢٢ ، الحريات العامة للدكتور طعيبة الجرف ص ٩٧ و ٩٨ .

هذا ، وإذا اقتضت مستلزمات المصلحة العامة اقامة مراقب او مؤسسات عامة ، أو شركات صناعية تتطلب مجهودات ضخمة لا قبل للأفراد باحتمال اعباءها ، فانه يتبعن على الدولة ان تقوم هي بدلًا عن الأفراد بهذه الاعباء .

٤ - نظر مذهب التضامن الرجتماعي :

على الرغم مما يقال عن هذا المذهب من أنه مذهب الفردية المعتمدة^(١) أو الاشتراكية المعتمدة^(٢) فإن أهم ما يلاحظ عليه أنه اخطأه التوفيق في السبيل التي سلكها إلى تقييد الحقوق والحربيات ، وذلك ؛ لأنه بدليل أن يقيد الحق الفردي بما لا يجعله وسيلة إلى الأضرار بالغير فرداً كان أم جماعة ، أو إلى تحقيق أغراض غير مشروعة ، أو يقيده بما يحفظ التوازن بين المصلحة الخاصة وال العامة - ألغى فكرة الحق ، وحوّلها إلى مجرد وظيفة اجتماعية أو مركفانوي ، وجعل من أصحاب الحقوق موظفين عاميين موكلين باستعمالها على وجه يتحقق الخبر المشترك دون نظر إلى مصلحتهم الذاتية ، فقضى وبالتالي على شخصية الفرد ؛ لأنه أضحى - في اعتباره - مجرد عنصر تكوين ،^(٣) مسخرًا لخدمة الجماعة ، لاشخصاً حرًا مستقلًا مسؤولاً له ذاتية عاملة ، فإذا كان هذا الموقف من فكرة الحق وشخصية الفرد قد املأه على العميد - ديجي - حامل لواء هذه النظرية ، عداوه الشديد للنظرية الفردية ، وتطرفها في تقديم الفرد وحقوقه ، وجب ألا يقع ذلك التطرف في تطرف منه ، وقد كان بوسعي - حين أخفقت النظرية الفردية في إيجاد معايير لتقييد الحق على ضوء مبادئها - أن يعمد إلى سبيل آخرى لتقييد الحق هي في نظرنا أحفظ للحق ،

(١) النظريات والمذاهب السياسية للدكتور مصطفى الحشاب ص ٢٢٢ .

(٢) المدخل إلى العلوم القانونية للدكتور عبد المنعم البدراوي ص ٣٧ .

(٣) نظرية القانون للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥ و ٢٧ .

وأوثق للعدل ، وأقوم في الاعتدال والتوازن ، تلك هي الابقاء على فكرة الحق كدعاة أساسية في التشريع ، وتقيد الحق بما يقيم التوازن والتوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة دون افتئات على إحداها ، على أساس من معايير دقيقة ومنضبطة واضحة ، مشتقة من مقتضيات العدل المثالية ، تقيد الفرد كما تقيد الدولة ، وترسم خطة في التشريع عن طريق الاجتهد تهدف الى حفظ المقاصد الأساسية في التشريع ، ويضطّلع بذلك كله « نظرية التعسف في استعمال الحق » التي سنأتي على بحثها في موضعه إن شاء الله .

وفي اعتقادي ، أن صاحب نظرية التضامن لم يلتفت الى هذه النظرية - نظرية التعسف - كفعل معاصره الفقيه - الفرنسي الكبير « جوسران »^(١) فأقامها على معيار واضح هو « حسن النية » وآخر مهم هو « الغاية الاجتماعية للحق » في حين أن الشريعة الإسلامية اقامتها على أربعة معايير واضحة ومنضبطة ، وطبقتها على جميع الحقوق ، فكانت بذلك أحمل بعناصر المرونة والحياة .

هذا ، وما يؤخذ على هذه النظرية - نظرية التضامن الاجتماعي - أنها لا تقيم وزناً للمثل العليا التي تتحقق وأصول التعلق الانساني بل وأصول الفطرة ، ذهاباً منها الى أن القانون يجب أن يشتمل من أمور واقعية يسجلها ، ووسيلة في ذلك « المشاهدة والتجربة ، قياساً على العلوم الطبيعية للتقريرية » ولكن هذا النظر يعززه الدقة في المنهج ، لأنّا قدمنا أن المنهج الدقيق لدراسة مادة ما يجب أن يكون مشتقاً من طبيعة المادة المدرستة ، وهو قد جمع في منهج واحد بين أمرين مختلفين طبيعة وغاية ، فإذا كانت العلوم الطبيعية تخضع لقانون « السبيبة » التي لا يختلف فيها المسبب عن السبب ، ويصطعن لذلك اسلوب المشاهدة والتجربة ، لأنها « علوم » بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة ، إلا ان القانون من طبيعة أخرى ،

(١) راجع كتابة نسبة الحقوق .

ذلك لأنَّه يحكم الظواهر الارادية التي تتجه نحو غاية معينة ، ويُمكن أن تختلف الارادة عن الغاية ، فيظهر دور القانون في تقويم هذه الارادة ليتجه نحو الغاية المرسومة ، أي لا يكتفي بتقرير ما هو كائن ، بل بتقويه إلى ما يجب أن يكون ، ومن هنا كان القانون حكماً بقانون الغابة ، فكان علماً تقويمياً لا تقريرياً وينتقل فيه العقل بالضرورة من دائرة الواقع إلى دائرة الواجب ، مستوحياً في ذلك مبادئ العدل المثالية^(١) .



(١) أصول القانون للدكتور حسن كبيرة ص ١٦٢ وما بعدها .

الفصل الثاني

مَفْهُومُ الْحَقِّ فِي الْفِقْرِ الْقَانُونِ

مقدمة :

تفرقـت بـفقـهـاء القـانـون وجـهـات النـظر في تـعرـيفـ الحقـ ، فـلم يـصـدرـوا عنـ مـذـهـبـ وـاحـدـ ، كـاـلـمـ يـنـتـهـوا إـلـى مـفـهـومـ مـوـحـدـ .

ولـئـنـ كانـ منـ الصـعـوبـةـ بـكـانـ تـعرـيفـ الـظـواـهـرـ الـقـانـونـيـةـ ، لـمـ تـتصفـ بـعـادـةـ مـنـ تـجـريـدـ ، غـيرـ أـنـ هـذـاـلـمـ يـصـدـ فـقـهـاءـ القـانـونـ عـنـ حـاـوـلـاتـ جـديـةـ لـتـحلـيلـ الحقـ ، وـوـضـعـ تـعرـيفـ لـهـ يـبـينـ جـوـهـرـهـ وـعـنـاصـرـهـ التـكـوـيـنـيـةـ ، وـيـجـمـعـ أـنـوـاعـهـ ، وـيـبـرـزـ عـماـ يـخـتـلطـ بـهـ عـادـةـ مـنـ الـحـرـيـاتـ أوـ الـحـقـوقـ الـلـاـصـيقـةـ بـالـشـخـصـيـةـ .

المـذاـهـبـ الـمـخـلـفـةـ فـيـ تـعرـيفـ الحقـ :

وـبـاسـتـقـراءـ هـذـهـ تـعـارـيفـ – عـلـىـ مـاـ وـجـهـ إـلـيـهاـ مـنـ نـقـدـ – يـتـبـيـنـ لـنـاـ إـنـهـ تـرـتـبـ إـلـىـ مـذـاهـبـ ثـلـاثـةـ :

١ - المذهب الأول^(١) :

يرى أن الحق « قدرة أو سلطة^(٢) ارادية يخولها القانون شخصاً معيناً ويرسم حدودها »^(٣).

هذا المذهب ينظر إلى الحق من خلال صاحبه ، فيراه صفة تلحق بالشخص فيصبح بها قادراً على الاتيان بأعمال معينة^(٤) ولذلك سمى بالمذهب الشخصي . فجوهر الحق - في هذا المذهب - هو الارادة ، وانصاره يؤيدون هذا بأن الحق لا يكون حقاً إلا إذا وجد من يتمتع به أو يباشره ، أما إذا لم يوجد من يوكل مباشرة الحق فليس ثمة حق ، فالارادة^(٥) وسلطانها هو الذي يخلق وينهي الحقوق .

واضح أن هذا المذهب وثيق الصلة بالمذهب الفردي وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة .

وأهم ما يتجه إلى هذا التعريف ، أنه لا يفرق بين الحق في ذاته وبين شرط

(١) يترأسه ساقبي وفيند شايد الالمانيان ، أصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٥٥٣ .

(٢) تأثر بهذا التعريف الدكتور سليمان مرقس في تعريفه للحق ، غير أنه قيد هذه الارادة أو السلطة المبينة بتحقيق مصلحة معينة ، وذلك لينفي عن اعتساف هذه الارادة صفة الحق ، المدخل ص ٤٢٣ .

(٣) محاضرات في المدخل للعلوم القانونية للدكتور احمد سلامة ص ١٨ و ١٩ .

(٤) نظرية الحق ص ٨ للدكتور شفيق شحاته ، المدخل إلى العلوم القانونية ص ٤٢٣ ، للدكتور سليمان مرقس .

(٥) المقصود بالارادة هنا هي التي تكون متفقة مع القانون ، وفي الحدود التي يرسمها لها ، لا الارادة الذاتية التي لا تتفق معه ، نظرية الحق ص ١٨ للدكتور جيل الشرقاوي ، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية ص ١٨ - ١٩ للدكتور احمد سلامة .

مبادرته^(١) فلthen كانت الارادة شرطاً لمباشرة الحق واستعماله^(٢) فليست هي معيار الحق ، بدليل أن عدم الأهلية أو ناقصها كالجنون والصغرى المميز ثبت له حقوق ، ولا إرادة لأي منها ، وكذلك الشخصيات الاعتبارية ، فارادة ممثلها هي التي تنشط ، مع أن الحقوق راجعه اليها .

وأيضاً ، الحق قد يثبت لصاحبه قسراً عنه ، كثبوت حق الإرث للوارث من موته ، وكالسلطة الأبوية .

على أن استعمال الحق استعمالاً مادياً للتمتع به إيجاد قد لا يقتضي الإرادة ، ألا ترى أن الجنون قد يستعمل ملكه بسكناه مثلاً ، وهو عدم الأهلية ؟

٣ - المذهب الثاني :

يرى هذا المذهب أن الحق مصلحة ؛ ولذا يعرفه بأنه « مصلحة يحتملها القانون^(٣) » .

ومتأمل في هذا التعريف يلاحظ أن جماع الحق عنصران :

(١) أصول القانون ص ٥٥٥ للدكتور حسن كيره .

(٢) أصول القانون ص ٥٣٣ للدكتور حسن كيره ، نظرية الحق ص ١٨ الدكتور شمس الدين الوكيل ، نظرية الحق ص ٩ للدكتور شفيق شحاته ، نظرية الحق ص ٨ للدكتور اسماعيل غام ، محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٢٠ للدكتور احمد سلامة المدخل الى العلوم القانونية ص ٢٣ ، للدكتور سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ص ٤١ للدكتور عبد المنعم البدراوي .

(٣) هذا التعريف لاهرنج Hering أكبر مهاجي المذهب الشخصي الفسائل بان الحق ارادة ، وهو صاحب مذهب الغاية الاجتماعية ، الذي يرى ان القانون ليس الا وسيلة لغاية هي حفظ المجموع ، أصول القوانين ص ٨ للدكتور عبد الرزاق السنورى والدكتور حشمت أي ستيت ، المدخل للعلوم القانونية ص ٤٢ للدكتور عبد المنعم البدراوي ، وأصول القانون ص ٥٥٥ للدكتور حسن كيره .

أحد هما : جوهري وهو المصلحة^(١) والآخر شكلي وهو الحماية القانونية التي تتمثل في الدعوى .

ويتجه على هذا التعريف أنه عرف الحق بغايته وهدفه، فضلاً عن أن المصلحة، مادية كانت أم معنوية ، ليست المعيار لوجود الحق ، فقد توجد المصلحة ويختلف الحق ، فلو فرض أن الدولة أوجبت رسوماً جمركية على البضائع الأجنبية حماية للمصنوعات الوطنية ، ففي هذا مصلحة للتجار، ولم يقل أحد بأن لهم حقاً^(٢) فكل حق يؤدي إلى مصلحة غالباً ، ولكن لا يلزم من وجود المصلحة وجود الحق ، فالفائدة أو المصلحة من حق الملكية مثلاً لا تعود على إلا إذا قامت ملكية فلكلية - وهي حق - سابقة ، و نتيجتها أو هدفها الفائدة أو المصلحة^(٣) .

على أن التعريف غير مانع، لأنه يدخل الحريات والحقوق العامة، إذ الإباحة مصلحة يحميها القانون ، مع أنها ليست حقاً بالمعنى الدقيق الذي يتاز بخصيصة الاستثناء كما قدمنا^(٤) .

هذا ، والحماية ليست عنصراً تكوينياً يسهم في قيام الحق ، بل هي صفة

(١) ومن تأثر بهذا المذهب في تعريف الحق من رجال الفقه القانوني المحدثين : الدكتور السنوري ، مصادر الحق ج ١ ص ٤ واصول القوانين ص ٢٦٧ والدكتور كامل مرمى ، المفهوم العقلي الاصطلاحي نبذة (١٧٥) ص ٢٣٢ الدكتور صبحي المصاصي الموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ١ ص ٣٥ ومن رجال الفقه الإسلامي المحدثين أستاذ الشيخ علي الحسيني ، الحق والذمة ص ٣٧ والدكتور محمد يوسف موسى الفقه الإسلامي ص ٢١ وأستاذ الشيخ خيسوبي أحمد عيسوبي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ٨ العدد الأول السنة الخامسة يناير سنة ١٩٦٣

(٢) اصول القانون ص ٥٥٧ للدكتور حسن كبيرة .

(٣) المدخل ص ١٢ للدكتور أحمد سلامه .

(٤) نظرية الحق ص ١٩ للدكتور جبل الشرقاوي

تلحق الحق بعد قيامه فعلاً ، فهي صفة بعدية ، فحاجة القانون تُضفي على قيمة معينة ؛ لأنها حق .

وخلالصـة : إن هذا المذهب قد عرـف هـدـفـ الـحقـ ، وما يـترـقـبـ عـلـىـ الـحقـ بعد قيامـهـ منـ الـحـاجـةـ الـقـانـونـيـةـ ، وـلـمـ يـعـرـفـ الـحقـ^(١) .

٣ - المذهب المختلط :

أقام هذا المذهب تعريفه للحق على أنقاض المذهبين السابقين ، فجمع فيه بين ما هو شرط ل مباشرة الحق واستعماله ، وهو الارادة ، وبين ما هو هدف الحق من المصلحة ، وخالف أنصاره في تغليب أحد هذين العنصرين على الآخر ، فبعضهم رجح عنصر الارادة فقال : الحق « قدرة إرادية اعطيت لشخص في سبيل تحقيق مصلحة^(٢) » وبعضهم رجح اعتبار المصلحة فقال : « الحق مصلحة حكيمية تسهر على تحقيقها والذود عنها قدرة إرادية » .

ويتجه على هذا التعريف ما اتجه على المذهبين السابقين من نقد .

٤ - المذهب الحديث :

حمل لواء هذا المذهب الفقيه البلجيكي « جان دابان » فقد حاول ان يتتجنب تعريف الحق بالارادة او المصلحة ، او ان يجمع بينهما ، ولذا اتى بتعريف مستحدث يقول فيه : الحق استثمار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه^(٣) .

(١) المدخل ص ٤٣ للدكتور احمد سالم ، المدخل ص ٤٣ للبدراوي ، اصول القانون ص ٥٨ للدكتور سكرة .

(٢) المدخل ص ٤٤ للدكتور سالم ، المرجع السابق .

(٣) المدخل ص ٦٥ للدكتور سلامـةـ .

وهذا التعريف يميل فريق من فقهاء القانون في الجمهورية العربية المتحدة الى الأخذ به^(١).

تحليل هذا التعريف :

ظاهر ان العنصر الجوهري في الحق هو الاستئثار اي الاختصاص والانفراد بموضوع الحق دون الكافحة.

ويراد بالاختصاص التملك بالمعنى الواسع^(٢) لهذه الكلمة لا مجرد الاستفادة او التمتع او الانتفاع ، وعلى هذا فالتملك هو المعنى لكل حق في فقه هذا المذهب^(٣).

على ان الاختصاص لا بد ان يقره القانون ليكون حالة قانونية ، وإلا فإن الفاصل والحاذر قد يستأثران بالشيء وينتفعان به ومع ذلك فليس استئثارهما حacula ، لأن القانون لا يقره ، اذ هو حالة واقعية لا قانونية^(٤) .

وإذا كان الاختصاص بالمعنى الواسع للتملك جوهر الحق ، فشمرة عنصر آخر

(١) الدكتور اسماعيل غانم ، نظرية الحق ص ١٧ حيث يقول « الحق عبارة عن استئثار شخص بقيمة معينة استئثراً يحيد القانون عن طريق التسلط والاقتضاء بغية تحقيق مصلحة لهذا الشخص يرآها المجتمع جديرة بالرعاية » والدكتور شمس الدين الوسيكليل : محاضرات في النظرية العامة للحق ص ١٧ حيث يقول : الحق استئثار شخص بقيم او اشياء معينة استئثراً يخول التسلط والاقتضاء » والدكتور حسن كبيرة : اصول القانون ص ٦٥ وما بعدها ، غير انه ابرز في تعريفه للحق عنصر الرابطة القانونية . هذا وقد نقل الدكتور سليمان مرقس تعريف دايان كابلي : استئثار : استئثار شخص بعزيزه يقررها القانون له ويقوله بوجبهما أن يتصرف في قيمة معينة باعتبارها مملوكة او مستحقة له ص ٤٣ : المدخل لموقف .

(٢) المدخل للعلوم القانونية ص ٤٤ ؛ للدكتور البدراوي .

(٣) محاضرات في النظرية العامة للحق ص ١٢ الدكتور اسماعيل غانم .

(٤) المدخل للعلوم القانونية ص ٤٧ ؛ للدكتور البدراوي .

له هو حماية القانون التي تمثل في التسلط والاقضاء . اما التسلط فهو نتيجة حتمية لازمة ، وقرئ لا ينفك عن الاستئثار القانوني ، اذ ما معنى ان صاحب الحق مستأثر ب موضوع الحق ، وهو غير مسلط عليه ، اذن لا بد ان يكن القانون صاحب الحق من حرية التصرف ، وهذا التمكين هو التسلط ، غير ان هذا التسلط بالنسبة لعديم الاهلية يكون تصوريلا واقعيا^(١) .

فالتعريف يستبعد الارادة ، ولا يعني بالسلط الارادة بل حرية التصرف التي قد تصور ذهناً لا واقعاً ، هذا ما فقصده « دابان » من معنى التسلط ، وذلك ليقادى جعل الارادة عنصراً للحق ، وهي - كما بينا - شرط مباشرة الحق واستعماله .

اما الاقضاء فهو التزام الكافة باحترام الحق^(٢) ، وقد يكون موضوع الحق اداء معيناً ، فالسلط اما يكون على هذا الاداء ، سلبياً كان ام ايجابياً ، وهذا يتبع مكنته الاقضاء ، اي اجبار المدين على هذا الاداء .

وخلالصة :

ان الحماية القانونية - وهي الوجه الآخر للحق او عنصره الثاني - تمثل في التسلط والاقضاء بالمعنى الذي بينا .

واما الدعوى فهي مجرد وسيلة تحقيق هذه الحماية ، وهي امر لاحق على وجود الحق .

تقدير هذا التعريف :

يلاحظ على هذا التعريف ما يلي :

(١) المدخل للعلوم القانونية ص ٤٤٨ للدكتور البدراوي .

(٢) ص ٢٨ الدكتور احمد سلامة - ومحاضرات في النظرية العامة للحق ص ٣ للدكتور اسماعيل غانم .

(أولاً) - انه استبعد فكرة الارادة والمصلحة ، واستبدلها بالاستئثار ، تقادياً لما وجه الى المذاهب التي أخذت بأي منها او جمعت بينها من نقد .

(ثانياً) - اعتبر الاستئثار هو العنصر الاسامي للحق ، وجعله مرادفاً «للملك» بالمعنى الواسع ، وأخذ عليه انه أميل الى ان يكون تعريفاً للحق العيني .

ثالثاً - تفسيره للتسلط بالامر التصوري لا الفعلي وذلك لمعاناته في استبعاد الارادة عن ان تكون عنصرأ جوهرياً في الحق ، حتى ولا شرطاً لمباشرة استعماله او وسيلة لعنصر الاستئثار^(١) .

ولا يفترتنا ان نذكر في هذه المناسبة ، ان كشف النظرية الحديثة لعنصر الجوهرى في الحق - وهو الاستئثار - امر قد سبقها اليه الفقه الاسلامي ، فقد عرف الحاوي القدسى حق الملكية بأنه : اختصاص حاجز . وقلنا ان الاختصاص جنس في التعريف يشمل كل حق ، وبذلك يكون قد ابرز عنصر الاختصاص في الحق ، وهو الاستئثار بعينه .

مهمات عامة على تعریف الحق في مختلف النظريات

أولاً - لم توفق المذاهب الثلاثة الاولى : الشخصي ، وال موضوعي ، والخلط الى الكشف عن ذاتية الحق وجوهره فخلط بعضها بين الحق في ذاته وبين شرط مباشرته في معظم الحالات ، وهو الارادة ، وبعضها الآخر عرف الحق بغايته وهدفه وهو المصلحة ، وما يتربّى على وجود الحق من الدعوى ، ولم يعرف الحق ، واما فعل ذلك ليستبعد عنصر الارادة ..

واما الثالث :

فجمع بين انقضاض المذهبين من الارادة والمصلحة مع اختلاف انصاره في

(١) المدخل للعلوم القانونية ص ٩٤؛ وما بعد للدكتور عبد المنعم البدراوي .

تغلب احد العنصرين على الآخر ، ولكن بيان ماهية الحق لا تتعلق بهذا الجمجم ،
ولم يبرئه مما ووجه الى المذهبين السابقين من نقد .

اما النظرية الحدبية : نظرية الاستئثار - فقد وفقت - فيما ارى - الى حد
كبير في ابراز هذا العنصر الاساسي الذي يميز الحق عن غايته ، وعن شرط
 مباشرته واستعماله لولا التعسف في تصوير التسلط بالمعنى التصوري ، وتقسيم
 الاستئثار بالتملك بمعناه الواسع ، مما يجعل التعريف ادنى الى بيان الحق العيني
 او الى الاهتمام به على الأقل .

صرى صدر هذه المعرفات بنظرية التصرف

لعل تعريف الحق بالارادة يشعر بان هذا المفهوم منبتق عن تعاليم المذهب
الفردي الذي تقوم فلسفته على اطلاق هذه الارادة ، بل تعتبر الحق مظهراً لهذه
الارادة الحرة ، ولذا اعمد بعض رجال القانون المحدثين الى ايراد محترز على
 التعريف هو « لتحقيق مصلحة معينة » كي لا يؤدي اطلاق الارادة الى تحقيق
 ماشاءت من صالح ذاتية ، ولو أدى ذلك الى الاضرار بغيره من فرد او جماعة .
اما تعريفه « بالمصلحة الخمية » فهو وان عرف الحق بالغاية ، الا انه اشار
 الى ان استعمال الحق - ليكون له من القانون حماية وحصانة - يجب الا تنهدم
 فيه المصلحة المشروعة ، حتى اذا انعدمت سقطت الحماية ، فصلة هذا التعريف
 بالتعسف ظاهرة ، فليست الحقوق الا صالح معتبرة ، ولذا كانت محمية ،
 فتحقيق مصلحة غير مشروعة ، واستعمال الحق دون مصلحة ، اي عيناً ، كل ذلك
 لا يحميه القانون ، او بعبارة اخرى : اذا خرج على الغرض من الحق ، ولم يقصد
 تحقيق مصلحة له ، بأن كان عابثاً ، او قصد مصلحة غير مشروعة ، وجبت
 مسؤوليته ^(١) .

(١) مجلة القانون والاقتصاد عدد ١٧ سنة ١٠٥ ص ٦١ .

ولا يبعد التعريف الحديث للحق بأنه استئثار . . . يحميه القانون عن نظرية التعسف ، فهذه الصلة الاختصاصية القائمة بين ذي الحق وما يخوله من مصلحة ، إنما يحميها القانون إذا كانت مباشرة الحق متوجه إلى تحقيقها ، فلا يحمي القانون صلة قائلة بين الفرد وبين مصلحة غير مشروعة ، لأنها ليست بذات قيمة ، وليس هي المصلحة المعينة التي خولها القانون إياه .

وعلى ذلك فالقيود ظاهر في حماية الصلة إذا كانت قائلة بين الفرد – صاحب الحق – والقيمة المعينة التي خوله القانون إياها .

غير أن تعريف الحق « بالمصلحة الخمية » أو تقوي صلة بنظرية التعسف ، لأنه يبرز في هذا التعريف معيار التعسف ، وهو انعدام المصلحة المشروعة ، او انعدام المصلحة اطلاقا ، بأن كان الاستعمال عابنا .



الفصل الثالث

طبيعة الفقه الإسلامي وفكرة الحق فيه

لا يعزز الباحث في الفقه الإسلامي الاغراق في تأملات فلسفية لا بداع نظرية يقوم هذا الفقه على أساسها ، كما هو الشأن في المذهب الفردي الذي ابتدع أنصاره فكرة الحق ، بعناء الفلسفـي ، كأسـاس للقانون ، ومحور للتشريع ، ثم لما تطورت بالناس الحياة ، وأصبح هذا المفهـوم لا يـتفق ومقتضـيات هذا التـطور ، وجهـت الانتـقادـات المـرة إلى اسـاس القانون ، وهو فـكرة الحق المـطلق ، التي نـشـأت من تـصور خـاطـيء قـوـامـهـ أنـ الفـردـ وـجـدـ منـزـعـ لا يـتـمـتعـ بـحقـوقـ مـطلـقةـ هي مـظـهرـ لـارـادـةـ الـحـرـةـ ، فـهـذاـ الفـردـ – في الواقع – لا وجودـ لهـ الاـ فيـ مـخـيلـةـ أوـلـئـكـ الفـلـاسـفـةـ . وقدـ كانـ منـ أـثـرـ هـذـاـ النـقـدـ انـ عـدـلـ بـعـضـ اـنـصـارـ هـذـاـ المـذـهـبـ إـلـىـ فـكـرـةـ القانونـ الطـبـيعـيـ ، وجـعلـواـ «ـ العـقـلـ »ـ هوـ مـصـدرـ التـشـريعـ ، بماـ تـرـكـرـ فـيهـ منـ مـبـادـيـ العـدـلـ المـثـالـيـ ، وهـؤـلـاءـ – وـمـنـهـ جـرـسيـوسـ – يـقـرـبونـ فيـ نـظـرـهـمـ إلىـ منـشـأـ الحقـ وـطـبـيعـتـهـ منـ مـبـداـ المـعـتـزـلـةـ القـائـلـ بـالـتـحـسـينـ وـالـتـقيـعـ العـقـلـيـنـ ، فـالمـعـتـزـلـةـ يـقـولـونـ بـقـانـونـ طـبـيعـيـ مـصـدرـهـ العـقـلـ ، وجـاءـ الشـرـعـ مـقـرـراـ وـمـؤـيدـاـ لهـ^(١) ،

(١) أصول النظم الاجتماعية والسياسية ، نظرية التطور التاريخي للنظم الاجتماعية من ١٣٣ للدكتور الجمال .

أقول لا يعزز الباحث في الفقه الإسلامي الأغرى في مثل هذه التأملات الفلسفية ، لأنه لم يكن ولد الفلسفة التأملية المجردة ، كما أنه ليس فقهًا تقريرياً حتى يصطفع له أسلوب « المشاهدة والتجربة » شأن العلوم الطبيعية التي تعتمد الواقع المحسوس لتجاوزه إلى المثل العليا ، من البر والاحسان والرحمة وغيرها من المفاهيم التي لا تخضع لمقاييس المادة .

على أن فقهاء القانون القائلين باخضاع القانون للأسلوب العلمي الواقعي التقريري اخترهم هذا النظر إلى انكار مفاهيم تجريدية ، ونظريات عامة قام عليها الكيان التشريعي منذ القدم ، واستقرت أصولها عليها ، كالشخصيات الاعتبارية - ومنها شخصية الدولة - ونظرية الحق وغيرها من النظريات ، بدعوى أن هذه أمور لا تخضع للأسلوب العلمي الواقعي الذي يعتمد المحسوسات .

وفضلاً عن ذلك فالفقه الإسلامي ليس مظهراً للارادة الإنسانية المتغيرة بما يثيرها من نوازع وأهواء ، أو صدى للعوامل الاقتصادية والاجتماعية تعصف بالقديم من أصوله لتقيمه على أساس جديدة منافضة لسابقتها ، كتبير موقوت لتطور تلك العوامل ، بل هو فقه يستند إلى أصول تشريعية بناوية مستقرة في كتاب الله وسنة رسوله ، ومن دلائل أخرى تقوم على هذين الأصلين الرئيين ، نصاً^(١) أو معنى وروحًا^(٢) .

(١) كالإجماع الذي لا بد له من مستند يكون نصاً في الفالب ، وإن لم ينصح عنه المعمون ، وقد يكون مصلحة - راجع باب الإجماع في أصول البздوي - وكالقياس الذي لا بد له من أصل معين منصوص على حكمه .

(٢) كمبدأ المصلحة المرسلة التي توسيع فيه المالكية والحنابلة . وكمبدأ الاستحسان الذي سنه الضرورة أو المصلحة الذي اخذ به الحنفية ، والضرورة هنا تشمل الحاجة . وكمبدأ الدرائع الذي هو نوع من العمل بالمصلحة ، وهذا المبدأ اجمع العلامة على الاخذ باصله وإن اختلفوا في مدى تطبيقه ، تبعاً لاختلافهم في المناطق الذي يتحقق به التذوع ، المواقف ج ٤ ص ٢٠٠ و ٢٠١ ، تنفيح الفصول من ٢٠٠ كتاب مالك للأستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٤١٧ .

هذا ، والاستنباط عن طريق الدلائل التي تعتمد روح الكتاب والسنة يسميه بعض الاصوليين بالاستدلال الصحيح ، يقول العز بن عبد السلام : « فان خفي منها شيء - اي من المصالح والمقاصد - طلب من ادلة الشرع : وهي الكتاب والسنة والاجماع والقياس المعتبر والاستدلال الصحيح ^(٣) » هذا فضلا عما صرحت به النصوص او أشارت اليه من مبادئ تشريعية ^(٤) او قواعد فقهية مستنبطه باستقراء الفروع وجزئيات الاحكام ، تلك الاصول والقواعد التي تعتمد النصوص وروحها ، ومقاصدها التشريعية ، هي التي جعلت الفقه الاسلامي يستجيب لسنة الحياة في التطور ضمن اطار التنظيم التشعيعي العام للمجتمع الاسلامي ، فهو فقه ثابت في اصوله العامة متطود في فروعه .

والسر في ثبات اصوله انه يعصم المحتجد من الوقوع في السرف والظلم والعبث بقومات الحياة الاساسية ، ولا يجعل للهوى منزعا في التشريع ، ففروع هذا الفقه - على ضخامتها وتنوعها نتيجة لوفائها بمتضيقات سير الحياة بالناس - ينتظمها تيار خفي من النطق التشعيعي السليم في كل باب من أبوابها ، يوتدى الى ^{*} تلك

(٣) قواعد الاحكام في مصالح الانام - ١ ص ٨ للعز بن عبد السلام وهو شافعي المذهب ، ولا شك ان اعتباره الاستدلال الصحيح مصدراً للتشريع دليل على اخذه بيد المصلحة ، وهو ما لا يقول به امامه الشافعي ؛ اذ لا يخرج في الاجتهاد عن دائرة القياس .

(٤) جربت على تسمية القواعد التي تصرح بها النصوص التشرعية من الكتاب والسنة او تشير اليها بالقواعد التشرعية ، فقاعدة : رفع الحرج بصرح بها قوله تعالى « ما جعل عليكم في الدين من حرج » وكذلك قاعدة نفي الضرر وعدم مشروعيته بصرح بها قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » وهناك قواعد تشرعية تشير اليها النصوص ، من مثل قاعدة الضرورة التي يشير اليها قوله تعالى « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطركم اليه » . اما القواعد الفقهية : فنمثل : « بتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » ، المجلة مادة ٢٦ ومن مثل : « الضرر يزال » المجلة مادة ٢٠ و « الامر بمقاصدها » المجلة مادة ٢ .

الاصول والمبادئ التي رسمت الاطار العام للتنظيم الاجتماعي الاسلامي ، وهو ذو ملامح خاصة تميزه عن سائر النظم الاجتماعية .

ولما كان هذا الفقه فروعيا متطوراً يرتد الى اصول ثابتة تحفظ مقاصد التشريع ، وتصون القيم الاساسية للحياة الانسانية من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، فان الباحث يجد فيه مجالاً خصباً لاشادة نظريات فقهية ذات معايير منضبطة « كنظرية العقد » و « نظرية العذر » و « نظرية التعسف في استعمال الحق » وغير ذلك من النظريات العامة التي تتسع لـ كل ما يطرأ من جزئيات الواقع المتتجدة .

ولنضرب لثبات اصوله مثلاً « فكره الحق » التي نحن بصدده البحث فيها ، وفي بيان الدستور الذي يحكم استعمال الحقوق ، فانك لا تجد الفقه الاسلامي يقر فكره الحق ويعيدها كدعامة اساسية في التنظيم التشريعي ، ثم لا يلبث - بتأثير ظروف موقوتة مستحدثة - ان يأتي عليها ويلغىها جملة ، الامر الذي يؤدي الى تناقض في اسس التشريع العامة ، وما يستتبع ذلك من قلب لمعالم الحياة في المجتمع ، وتفويض لظاممه جملة ، وفي طفرة واحدة ، وظلم يحيق بحياة الافراد ومقدراتهم ، بما يسرّ محروم واعادة العدالة الى نصابها في فترة وجيزة . فالفقهي انسان ، قد يليل عليه عداوه الشديد^(١) لمذهب معين ، التذكر لاسمه

(١) كما حدث بالنسبة لانصار المذهب الفردي الذي كان فقهه صدى عكسيًا عنيفاً لاستبداد الملوك في فرنسا ومظالمهم ، كان مظهراً لهذا الاطلاق في الحقوق والحراب ، وتقديس الفرد وتجاهله تام لمصلحة الجماعة . وكما حدث بالنسبة لانصار مذهب التضامن الاجتماعي الذي تنكر لمبادئ الفردية ، فألغى فكره الحق وحوّلها بذاتها الى مجرد وظيفة اجتماعية، وهدم شخصية الفرد؛ اذا اعتبره عنصر تكوين، وجعل من مصلحة الجماعة أساساً للقانون وغاية . راجع اصول القانون للدكتور حسن كيره ص ١٥٨ و ٥٤٢ و اصول القوانين للسنوري ص ٦١ وما بعدها ، ونظرية الحق للدكتور شفيق شحاته ص .

العامة ، واقامة فقه منافق له تماماً ، وما عرفنا كالموى عابثا في التشريع ! وأصدق دليل على مظهر الموى والانفعال في الفقه الوضعي هذا الامعان في التطرف جهة اليمين أو جهة اليسار ، فيينا نرى اطلاق الحقوق في معظم الدول الغربية ذات النزعة الفردية ، على الرغم مما استتبع ذلك من مظالم اجتماعية نتيجة حبابة رأس المال على حساب العمل ، نرى من جهة اخرى تذويب شخصية الفرد في بوتقة الجماعة ، والغاء فكرة الحق ، فضلا عن التنكر للمثل العليا كمصدر يستوحى منه المشرع قواعد تشريعية تقوية بزعم ان هذه وتلك لا تمت الى الواقع المحسوس بصلة ، ولا يخضع بالتالي لاسلوب المشاهدة والتجربة ، حتى لكان القواعد القانونية والنظريات العامة معادلات كيماوية ، او قوانين فيزيائية تخضع للتجارب الخبرية ، يرسدنا الى هذا الخطل في الرأي ، وفساد المنهج ، قياس كل من العلمين^(١) على الآخر مع اختلاف كل منها طبيعة وهدفأ .

صواب الفقه الــدرسي اســرارها « المصلحة » التي وضــعــها الشــارع

تفاديا لمثل ذلك الغلو والتطرف في النظر الى الحق وتصوير طبيعته ومداه ، وتحريراً للناس من الخضوع لسلطان الموى والتحكم^(٢) جاءت الشريعة مبنية على مصالح العباد هي من وضع الشارع الحكيم^(٣) يقول العز بن عبد السلام : « اما

(١) أعنى القانون وهو من العلوم الاجتماعية التي يحكمها قانون الغاية . وعلم الكيمياء ، والفيزياء من العلوم الطبيعية التقريرية الخاصة لقانون السببية ، راجع اصول القانون الكبير ص ١٦٢ وما بعدها .

(٢) دليل ذلك قوله تعالى « ولو اتبع الحق اهواهم لفسدت السعوات والارض ومن فيهن » سورة المؤمنون (٧١) .

(٣) قواعد الاحكام ج ١ ص ٨ ، اما ان الشريعة مبنية على مصالح العباد ، فلا يخالف في ذلك احد من العلماء فالمعتزلة يقولون بذلك غير أنهم يجعلون « العقل » هو الحكم بالحسن والقبح اللذين عليهما يترب الثواب والعقاب في الآخرة ، والشرع جاء مقرراً =

مصالح الدارين واسبابها ومفاسدها فلا تعرف الا بالشرع ، فان خفي منها شيء طلب من أدلة الشرع وهي : الكتاب والسنة والاجماع والقياس المعتبر والاستدلال الصحيح كما بينا آنفاً .

ويقول الشاطي : « ان كون المصلحة مصلحة تقصد بالحكم^(١) والمفسدة كذلك بما يختص بالشارع لا يحال لعقل فيه ، بناء على قاعدة نفي التحسين والتقييع فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة فهو الواضع لها مصلحة ، والا فكان يمكن عقلاً ألا تكون كذلك »^(٢) .

فالصالح اذن من وضع الشارع الحكيم ، ودور المجتهد^(٣) قاصر على تحري هذه المصالح - فيما خلا الاحكام التعبدية - وتحريجها بمسالك معروفة ، ثم التحقق من وجودها في محالها الطارئة ، وبناء الاحكام عليها أو على جنسها ، حتى اذا

= لذلك ، وأن الاصلاح واجب عليه تعالى . أما الظاهرية فهم أذ يقررون هذا الاصول في الجملة وبوجه عام ، غير أنهم لا يقولون بتعليق النصوص الجزئية ، ومن ثم لا يقولون بالتفريع عن طريق القياس ، ولا يسلون بمحضية مصادر التشريع الأخرى التي لا نص فيها كالاستحسان ، والترائع ، والمصالح المرسلة . أما جهور الأصوليين والفقهاء فيرون ان الشريعة جاءت مبنية على مصالح العباد جملة وتفصيلاً ، ذهاباً منهم الى أن « الاصول في النصوص التعليل » وهذا هو الرأي الذي ايدته الادلة من الكتاب والسنة وسيأتي بيان ذلك في موضعه .

(١) المواقفات ج ٢ ص ٣١٥ .

- يلاحظ أن الشاطي يصرح بأن الحكم - وهو منشأ الحق وسبلته غايتها المصلحة ، وعلى هذا يمكن ان نؤكّد ان الحق ليس غاية في ذاته حق يكون ملكاً لصاحبته يتصرف فيه وفق رغبته ومشيئته دون نظر الى المصلحة التي شرع الحق من اجلها ، فالشارع قصد تحقيق المصلحة عن طريق شرعيّة الحق ، والمصلحة راجعة الى ذي الحق بالبداهة ، فتعين على صاحبه أن يكون قصده في التصرف بحقه موافقاً لقصد الله في التشريع ، والا كان مناقضاً ومناقضة الشرع باطلة؛ فكل تصرف ينافي به الشرع باطل ، فنتيج ان الحق مقيد بالغاية التي شرع من اجلها .

(٢) فيه اشارة الى خلاف المعتزلة ، راجع ارشاد الفحول للشوكتاني ص ٧ .

(٣) هو من توفرت فيه اهلية الاجتهاد واستجتمع شروطه المعروفة في اصول الفقه .

أعز المجتهد نوع المصالحة المعترضة أو جنسها رتب الحكم على مصالحة لم يشهد الشارع
هـ بالاعتبار أو الالغاء، عملاً بما يسمى «المصالح المرسلة»^(١) وبشروط معينة، وذلك
تفادياً من الوقوع في الخطأ في الرأي والحكم بالهوى، وتعيناً حكماً لله ، وتفيذاً
لرادته تعالى في أوسع مدى، فليس للمجتهد اذن سلطة ابتداع المصالح، والا لازم
تأسيس فقه جديد، وهو اعتداء على حق الله في التشريع، وقد صرخ الشاطبي بهذا
المعنى بقوله : « واما تحريم الحلال وتحليل الحرام وما أشبهه فمن حق الله تعالى ،
لانه تشريع مبتدأ ، وانشاء كلية شرعية الزمها العباد ، فليس لهم فيها تحكم ، اذ
ليس لاعقول تحسين ولا تقبیح تحمل به او تجرم ، فهو مجرد تعدد فيها ليس لغير
الله نصيب ، فلذلك لم يكن لاحد فيه خيرة » .

منشأ الحق في الفقه الإسلامي :

إن الذي يعنينا من بيان منشأ الحق هو أثره في تحديد مدى استعماله ،
فقد رأينا أن منشأ الحق في فقه المذهب الفردي هو ذات الإنسان ، إذ الحق صفة
ميزة لإرادته ؛ بل مظهر حرفيته، وقد كان الفرد يتمتع منذ نشأته الأولى بحقوق
طبيعية بحكم جبلته الآدمية، أو طبيعة الإنسانية ، والأصل فيه الاطلاق ، وهذا
الحق سابق في وجوده على القانون وعلى الجماعة^(٢) ولذا بني القانون على أساس
من هذا الحق الطبيعي المطلق لحماته ، وتمكن الفرد من التمتع به ، وتقيده استثناء
اقتضاه الضرورة^(٣) ولا يختلف القائلون بالقانون الطبيعي في نظرهم إلى الحق ،
وتصورهم لطبيعته عن هؤلاء ؛ لأنهم جميعاً من أنصار الفردية ، غير أن القائلين

(١) التي توسيع فيها المالكية .

(٢) اصول القوانين للدكتور السنورى وحشمت ابي ستيت ص ٦١ وما بعدها .

(٣) الحريات العامة للدكتور طعيمة الجرف ص ٧٦ .

بالقانون الطبيعي يذهبون الى أن منشأ الحق هو العقل . ويقتربون في هذا النظر من مذهب المعتزلة كما قدمنا .

أما المذاهب الاجتماعية فترى أن الحق منحة من الجماعة والجماعة ، وهو وظيفة اجتماعية تنظمها الدولة التي تنبه عن المجتمع على ضوء من مصلحة الجماعة^(١) .

أما الفقه الإسلامي ، فينظر إلى الحق نظرة دينية ، ويقسمه على هذا الأساس إلى قسمين :

الأول - حق الفرد ، ويشمل جميع الحقوق التي تتعلق بها مصالح الأفراد .
الثاني - حق الله ، وهو حق المجتمع بما يتعلق بالصالح العام ، وأضيف إليه تعالى نظراً لخطره وعمق نفعه ، فلا يسقط بالاسقاط ، وليس لأحد فيه خيرة^(٢) .

هذا وسنعود إلى هذا التقسيم من جديد لنرى هل الحقوق الشخصية أو الفردية حقوق محبطة خالصة للفرد ، أو يشوبها حق الجماعة .

ولكن ما منشأ الحق في الفقه الإسلامي ؟

من المعلوم بدأه أن منشأ الحق « هو الحكم الشرعي » وهو ما يعني في الفقه القانوني « بالقاعدة القانونية » فلا يعتبر الحق حقاً في نظر الشرع الا اذا قرره الشارع ، وتقريره إنما يكون بحكم ، والحكم يستفاد من مصادر الشريعة ، فكانت مصادر الشريعة هي بعينها مصادر الحقوق^(٣) .

على أن الأسباب التي تستفاد منها الحقوق ليست مثبتة لها بذواتها ، بل يجعل الله لها مثبتة ؛ ولذا بات من المقررات الشرعية أن الأسباب جعلية ، أي ليست

(١) نظرية الحق للدكتور شفيق شحاته ص ١٠ ، أصول القانون للدكتور حسن سبزه ص ٥٨ و ص ٥٤٢ .

مؤثرة بذواتها ، فعقد البيع مثلاً يؤثر في إثبات ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع ، غير أن العقد ليس بذاته مثبتاً لذلك ، بل يجعل الله له مثبتاً ، فثبتت أن الحقوق جميعاً مصدرها الشرع ، وليس ذات الإنسان ولا العقل البشري ، فالانسان - في نظر الشريعة - لا يستحق الحق بحكم كونه إنساناً ، بل الحق منحة منه تعالى للفرد ، ويقرر الشاطبي هذا المعنى بقوله : « لأن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقاً بآيات الشرع ذلك له ، لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل »^(١) وبقوله في موضع آخر : « فان ما هو الله - أي من الحقوق - فهو لله ، وما كان للعبد فراجع الى الله من جهة حق الله فيه ^(٢) ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله ؛ إذ كان الله الا يجعل العبد حقاً أصلاً ^(٣) .

نخلص من هذا الى أن الشريعة هي أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة ، وهذا الأصل تترتب عليه نتائج منطقية هامة .

النتائج المنطقية التي تترتب على هذا الأصل :

أولاً - أنه تعالى إنما منح الحق لحكمة هي مصلحة قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق ، وإلا كانت المدعى لغير غاية ، وهو عبث ، والله تعالى متزه عن العبث ^(٤) .

(١) موافقات ج ٢ ص ٣١٦ .

(٢) يلاحظ أن الشاطبي يرى أن الحق الفردي ليس حفا خالصاً لصاحبه بل هو مشرب بحق الله ، فاذا فسرنا « حق الله » بالصالح العام أو حق الجماعة ، كان معنى هذا ان الحق الفردي ليس بحقاً مختصاً على التحقيق بل هو مشترك وسيأتي فضل بيان في هذا الموضوع ان شاء الله .

(٣) موافقات ج ٢ ص ٣١٦ .

(٤) وقد جاء الشرع بهذه النتيجة اذ قرر جهور الاصوليين أن الاحكام معلنة بصالح العباد .

ثانياً - أن الأصل في الحق التقيد ، لأنه إذا كان منحة من الشارع ، فهو مقيد بما يقيده به الشارع ابتداءً .

ثالثاً - ان الحق إذا كان منحأً لمصلحة قد قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق ، تعين أن يكون تصرف الفرد بمحضه مقيداً بما يتحقق تلك المصلحة ؟ حتى يكون قصده في استعمال حقه موافقاً لقصد الله في التشريع ، وإلا كان منافضاً للشرع ، ومناقضة الشرع باطلة ، فالتصرف الذي يتعرف فيه ذو الحق عن غايته ويناقض به الشرع باطل^(١) .

رابعاً - منح الحق فرع وجوده ، ففكرة الحق ثابتة ، ودعامة أساسية في الفقه الإسلامي^(٢) ، يرشدك إلى هذا إجماع علماء الأصول والفقهاء على هذا ، واهتمامهم ببحث تقسيمه وبيان أنواعه ، وأفرادهم له موضوعاً برأسه في علم الأصول يسمى « بالمحكوم فيه »^(٣) .

خامساً - ان الحق ليس غاية في ذاته ؛ بل وسيلة إلى مصلحة شرع الحق من أجلها . ولو كان غاية في ذاته لكان من حق الفرد أن يتصرف فيه وفق هواه ورغباته ، دون أن يقصد إلى غاية أخرى يتحققها من وراء تصرفه . ولقد أتى على الناس زمان كانت حقوقهم - في ظل تشريعاتهم الوضعية - غایات بذاتها يمارسها

(١) أشار إلى هذا المعنى الشاطبي في موافقاته ج ٢ ص ٣٣١ .

(٢) سيتضح ذلك في بحث « حق الملكية » باقامة الادلة على أنه « حق شخصي » وليس تنظيمياً اقتصادياً ، غير أنه حق مقيد بالتزامات ايجابية وسلبية مفروض على المالك أداؤها .

(٣) لا تتفق مع الدكتور شفيق شحاته فيما ذهب إليه من أن تسمية الأصوليين لاصحاح الحقوق « بالملكيتين » مشعر بان طبيعة الحق في الفقه الإسلامي تهرب من طبيعته في مذهب التضامن الاجتماعي وسيأتي ، تفصيل ذلك في موضعه ، نظرية الحق ص ١٠ وما بعدها .

أصحابها بارادتهم الحرة دون أن يهدوا من وراء ذلك إلى تحقيق مصلحة معينة مرسومة إلا ما توحى لهم به أنانيتهم ومصالحهم الذاتية .

سادساً - إن الفرد كالمجتمع كلاهما يختص بحقه . ويرشدنا إلى هذا تقسيم الأصوليين الحق إلى قسمين أساسين : حق الفرد، وحق الله، وتفسير هذا الأخير بأنه هو حق الجماعة بما يتعلق به مصلحة عامة .

سابعاً - إن الفرد ذو كيان مستقل، وشخصية ذاتية في الجماعة^(١) ، لا مجرد عنصر تكعيبي أو آلة اجتماعية .

ثامناً - الدولة كالفرد ، كلاهما يتلقى الحق منه تعالى ، فالفرد عبد الله ، لا للدولة ، فالله سبحانه وتعالى الذي منح الفرد حقه هو الذي منع الدولة حق الطاعة على الرعية في حدود رعايتها هي لاحكام الله « وأطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَئِكُمْ أَنْتُمْ » « وَلَا ترْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَقَمْسُكُ النَّارِ » ويقول أول الخلفاء الراشدين :

« أطِيعُونِي مَا أطَعْتَ اللَّهَ فِيمَكَ فَإِذَا عَصَيْتَ فَلَا طَاعَةَ لِي عَلَيْكَ ». وعلى هذا فلا تملك الدولة أن تمنع للفرد حقاً ، إذ ليس حقها بأقوى من حق الفرد إلا في حالة الاعتداء على حق الغير ، أو حالة التعسف فيه ، وإذا لم تكن مانحة للحق ، فليس لها أن تسلب الفرد حقه تحكمها وتعسفها ، ووظيفتها رعاية حق الفرد في حدود المصلحة العامة ، وثكيكه من التمتع به على وجه لا يضر غيره من الفرد والمجتمع .

هذا وإذا تدخلت الدولة في شؤون الأفراد فإنما تتدخل في حق ثابت مقرر من قبل الله تعالى ، ولا يجوز إلا في حدود رسما الشارع الحكيم ترجع كلها إلى مقتضيات الضرورة ، وكفالة الصالح العام ، وتطهير المجتمع من الاستغلال والفساد .

(١) سيأتي أن « المسئولة الفردية » تستتبع الحرية ، والا فلا مسئولة حيث لا حرية والحرية هي مظهر للإرادة الوعية المستقلة ولكنها حرية مقيدة مسؤولة .

على ان الفرد - في نظر الشريعة - ليس هو ذلك الذي يدور في فلك الحرية المطلقة ، فالشريعة اذ منحت الفرد حقوقه الشخصية - من الحرية والعصمة والمالكية^(١) باعتباره انسانا ، قبضت ذلك كله بما ثقت عليه من مسؤولية - دينية ودنيوية - تتجدد من حريتها مما يمنع الاضرار عن غيره ، ولا ريب ان المسؤولية الفردية اذ تستتبع الحرية تبررها - اذ لا مسؤولية حيث لا سلطة - فهي من جهة اخرى تقيدها بتأثير البر والصالح العام .

هذه المسئولية تجدها واضحة في قوله تعالى : وكل انسان الزمان طائره في عنقه » وقوله تعالى : « من عمل صالحًا فلنفسه ومن أساء فعلها » وقوله : فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شرآ يره » وجلاها الرسول الكريم بقوله « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته .. الحديث » .

فالفرد اذن - في نظر الشريعة - كائن حي هو مستقل مسئول ، ولكن هذا الاستقلال ليس تماماً؛ بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البر والصالح العام « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الامم والعدوان » وبذلك يكون ملزماً ايجابياً بالتعاون على الحير المشترك ، وملزماً سلبياً بتجنب الامم والفساد والاضرار ، وهذه القاعدة - بوجهها الايجابي والسلبي - تعتبر قاعدة عامة يقوم عليها التشريع الاسلامي كله فيما يتعلق بالاحكام الدنيوية والمعاملات ، ولقد حكمها الأئمة المجتهدون في سائر التصرفات - المعاوضات والتبرعات - في الاحكام المتعلقة بالباءت غير المشروع الذي يحرك ارادة الفرد الى انشاء التصرف - فالفقهاء لا يحيزنون التعاون على الامم والعدوان بطلاق بشتي صوره بالاتفاق ،^(٢) ومن ثم يبطلون كل تصرف انحرف به صاحبه وتحت ستار من مشروعيته ظاهراً عن المقصود الشرعي الذي من اجله شرع ؛ لأن في تفيذه تعاونا على الامم

(١) التوضيح لصدر الشريعة ج ٢ ص ١٦٢ .

(٢) المذاقات ج ٤ ص ٢٠٠

والعدوان ، وهذا قيد عام يود على كافة صور استعمال الحقوق .
وليس الخلاف بينهم في هذا الاصل ؛ بل في المناط الذي يتحقق به التعاون او التذرع او التحايل على قواعد الشرع ، أو مناقضة مقصد الشارع ، كما سيأتي بيانه في موضعه ان شاء الله .

وما يؤكّد هذه القاعدة بوجهها السليبي ، وهو وجوب الامتناع عن كل ما يضر بالغير ، قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » .

هذه ثرة المسؤولية الفردية من الناحية النظرية : لا تجعل من الفرد آلة اجتماعية تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية .

اما ثرتها من الناحية العملية ؛ فانها تجعله أهلاً للتملك والتعاقد ، ومن هنا كان اقرار الشريعة للملكية الفردية ، كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة ، وقاعدة اساسية في النظام الاقتصادي الاسلامي ، وذلك بما يساير الفطرة الإنسانية ، وتقضيه كرامة الانسان ، فضلاً عن كونها وسيلة مثمرة لاذكياء الحافز الذاتي للفرد ، وتنشيط مواهبه وملكته ، للعمل لصالحه وصالح المجتمع ، وينبغي ان هذا عامل اساسي في تقدم المجتمع وازدهاره ^(١) .

هذا ، ومسؤولية الفرد قبل الجماعة مرجعها انه مكلف برعاية مصالحها كما هو مسؤول عن تحصيل مصلحة نفسه ، فمن حق الجماعة على الفرد الا يبعث بصالحها تحت ستار ما منع من حقوقه ، وأيدت الشريعة هذا الحق ، بأن اقامت من الجماعة نفسها رقيباً على تصرفات الفرد حتى في خالص حقه ، وقوة مانعة له من احداثه الاضرار بها قبل ان يقع ويستشرى فساده ، بل فرضت عليها القيام بهذا الواجب رعاية سلتها من عبث الانانية الفردية ، ولعل اوضح ما ورد في هذا الشأن حديث

(١) راجع مقال الاستاذ الجليل الشیخ ابی زهرة في رسالة الاسلام عدد ١٠ سنة ١١
ومقال تراثنا الروحي للدكتور البھي المراجع السابق .

السفينة^(١) . انه ﷺ قال : « مثيل القائم في حدود الله والواقع فيها ، كمثل قوم استهموا على سفينة ، فصار بعضهم أعلاها ، وبعضهم أسفلها ، وكان الذين في أسفلها اذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقالوا : لو أنا خرقنا في نصينا خرقة ولم نؤذ من فوقنا ، فان تركوا وما أرادوا هلكوا جميعاً ، وان أخذوا على أيديهم نجوا جميعاً » .

ووجه الدلالة من الحديث أن الفريق الذي أراد ان يخرب السفينة لما يتصرف في حقه ونصيه ، وظاهر الحديث انهم لم يقصدوا الاضرار ، بدليل قولهم « ولم نؤذ من فوقنا ، ولكن لما كان مآل تصرفهم في نصيبيهم مفضياً لاحالة الى الاضرار بن في السفينة جميعاً ، أوجب على بقائهم ان يأخذوا على أيديهم ، وقاية للجماعة من مآل هذا التصرف ، ولو لم يفعلوا ذلك بداع غير مشروع .

على ان « المصلحة العامة » مقدمة^(٢) على المصلحة الفردية عند التعارض ، كما هو المقرر في الشريعة ، ولو لحق الفرد من جراء ذلك ضرر ؟ لانه ينبغي بالتعويض ؟ ولأن في رعاية المصلحة العامة وتقديمها رعاية للمصلحة الخاصة ضرراً ، كما أشار الى ذلك الحديث . « نجوا جميعاً » .

ومما يؤكّد ذلك ، ان الشارع حرم الاحتكار وكل ما يؤدي اليه تأكيداً لنفي الاضرار عن الناس ، ومن ذلك تلقى السلع ، وبيع الحاصر للبادي ، كما اوجب التسعير الجبري اذا تعدى التجار في اسعار ما يحتاج اليه الناس تعدىاً فاحشاً ، وهذا - لا شك - تدخل في اصل حق الملكية للمصلحة العامة .

كذلك أجاز الشارع نزع الملكية الخاصة - في ظروف معينة - للمصلحة العامة^(٣) ، وقد بين المحققون من الاصوليين « طبيعة الحق » الفردي في الفقه

(١) اخرجه البخاري عن النعسان بن بشير .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٠ .

(٣) المرجع السابق .

الاسلامي ، بأنه حق مشترك وليس فرديا خالصاً، ذلك لأن الصالح العام مراعي في كل حق فردي، وهذا ما عبر عنه الشاطبي « بحق الله » اذ يقول : « ايضاً ففي العادات - وهي الحقوق والمعاملات - حق الله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع ، لأن حق الغير يحافظ عليه شرعاً ايضاً ، ولا خيرة فيه للعبد ، فهو حق الله تعالى صرفاً في حق الغير »^(١) .

وهذا الاصل يعتبر قوام الحقوق الفردية ، بما يلقى عليها جميعاً من قيد المحافظة على حق الغير ، والامتناع عن الاضرار به .
كما أكّد هذا المعنى الفقهاء في صدد بحثهم في « فكرة الباعث » وأنّه في التصرفات كما قدمنا آنفأ .

وسنفره بحث « الحق » في الشريعة الاسلامية ، لبيان طبيعته ومداه ، ولا سيما حق الملكية ، وما القوى من قيود على استعماله . ثم نبين ما اذا كانت الحق الفردي مجرد وظيفة اجتماعية تتمحّض في المصلحة للجهازة ، او ان الصالح الفردي فيه مراعي اولاً ، وان له الى جانب ذلك - وظيفة اجتماعية تراعي فيها المصلحة العامة .



(١) المواقفات ج ٢ ص ٣٢٢ .

الفصل الرابع

الفقه الإسلامي تقويمياً لاقريري

أولاًً ليس الفقه الإسلامي مجرد قواعد تنظيمية تعنى بتنسيق العلاقات بين الأفراد في المجتمع، أو بين المأمور والممکوم ، يوازن بين المصالح المتعارضة ، فيغلب بعضها على بعض ، لاعتبارات اجتماعية او اقتصادية او سياسية كما هو الشأن في القانون، بل هو - إلى ذلك أو قبل ذلك - فقه تقويمي يعتمد في قواعده على مصادر متساوية، تجعل للمثل العليا والكمالات الأخلاقية المقام الأول في تشريعها، وانا لنرى هذا المزج بين قواعد الحق والتشريع واضحاً في احكامه ؛ اذ تراه يجمع فيها بين العدل والاحسان ، والاقضاء والتسامح ، والمقاصة والعفو، ويدعو الى التعاون على البر وبجانبة الاثم والعدوان .

على أن الشريعة الإسلامية - بما هي دين وخلق وتشريع - قد انتظمت حرققاً لا وجود لها في القانون ، هي أمس بالخلق والصدق بالمرودة وأدعى إلى عتين روابط الاخوة والتضامن بين الأفراد من ذلك :

١ - النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه :

عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال : «المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يتبع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبته حتى يذر » ^(١)

(١) روي هذا الحديث عن النبي بالفاظ مختلفة ولكنها متقاربة ، بعضها رواها البخاري والنسائي والآخر رواه البخاري والنسائي وأحمد . نيل الاوطار ج ٦ ص ١١٤ ط ثانية .

وقد جزم الجمهور بأن النهي للتحرير، لقوله عليه السلام ^(١) لا يحل، والعلة التي استلزمت هذا الحكم موجودة في تصرفات أخرى يقضي عمومها بانسحاب حكمها عليها ، كالابյار على الابյار مثلاً ، مثل هذا الحق لا يوجد له نظير في القانون ، وبامان النظر في العلة يتبيّن أن التحرير لمنع الإيذاء ، والتعبير « بالأخوة » .. « المؤمن آخر المؤمن » يشير إلى هذا ، أي أن من مقتضى الأخوة ذلك .

وهذا الاصل الخلقي الذي نوه بشأنه الكتاب الكريم « انا المؤمنون اخوة » والسنة المطهرة « المسلم اخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه » (الحديث) و « لا يؤمن احدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه » أقول هذا الاصل الخلقي هو الذي ينبع عنده القيود التي تحذر من استعمال الحق ، بل من استعمال المباح ، اذ لا ريب أن الخطبة من المباحث اي من الامور التي تتعلق بالحرابات العامة ، كحرية الزواج ، ومع ذلك فقد ألقى الشارع الحكم عليها قيداً بان تكون مباشرة على نحو لا يستضر منها الغير ، وسنرى أن هذا الحكم الخلقي قد ارتفق الى مستوى التحرير ؛ لتعبير الرسول عليه الصلاة والسلام بقوله « لا يحل » وهو صريح في الحرمة .

ثانياً - تحرير نكاح التحليل ^(٢) ، لما فيه من التراوض المبين ^(٣) الذي يذهب المروءة ، ويقضي على نكحة الرجال . « لعن الله المحلل والمحلل له » ^(٤) فضلاً عما في هذا التحرير من صيانة للغرض الاجتماعي من النكاح المشروع على سبيل الدوام

(١) انظر الخلاف في احكام الخطبة على الخطبة المحلي لابن حزم ج ١ ص ٣٣ في المسألة ١٨٨٠ وبداية المحتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣ وص ٤٨ والقواعد الفقهية لابن جزى ص ١٩٠ .

(٢) في المذهب الحنفي والمالكى وسيأتي البحث فيه .

(٣) المواقف للشاطبي ج ١ هامش ص ٢٤٧ - ٢٤٨ الفتوى لابن تيمية ج ٣ ص ٨٨ - ٩٠ .

(٤) نيل الاوطار ج ٦ ص ١٣٨ .

وهو التناصل وبناء الاسرة وما يحيط بها من سياج المودة والالفة والسكن
والمسكمة^(١) .

ثالثاً - تحرير الربا ، وهو غل لله صحة الفردية عن ان تستغل جهود العمل
دون أن تسهم في هذا الجهد ، ولو عن طريق تحمل ما قد ينتاب العمل من خسارة
ما أدى إلى خلق مجتمع طبقي يعاني افراده العاملون مظالم فادحة .

رابعاً - حسن معاملة النساء والاحسان اليهن ومعاشرتهن بالمعروف
« وعاشروهن بالمعروف » « استوصوا بالنساء خيراً » ، وتحريم الضرار بهن لهم بهن
على التنازل عما أوتوا من صداق بالمحاللة القسرية او مراجعة المطلقات منهن
للضرار بهن لا بقصد الامساك بالمعروف « ولا تسکوهن ضراراً لتعتذروا
ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

خامساً - حقوق الجوار: لا تكتفي الشريعة الاسلامية من المالك - ابان
انتفاعه بعقاره - بال موقف السلبي بالنسبة لجاره ، بان يكتف عن الاذى اذ ليس
في هذا قضاء حق الجرار كما يقول الامام الغزالى ، بل تتطلب منه اسداء المعونة
والخير له ، يقول الغزالى : « اعلم ان الجوار يقتضي حقاً وراء ماتقتضيه اخوة
الاسلام ، فيستحق الجار المسلم ما يستحقه كل مسلم وزيادة »^(٣)

(١) الفروق للقرائى ج ٣ ص ١١٧ والفتاوی لابن تيمیة ج ٣ ص ٨٨ - ٩٠
اقامة الدليل على ابطال التحليل - راجع في احكام نكاح التحليل بدایة المجتهد ج ٢
ص ٨٤ وأعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ١٧١ والموافقات الشاطئي ج ١ ص ٧٤٧ وما بعدها
و ج ٢ ص ٣٨٨ والجامع لاحكام القرآن ج ٣ ص ١٤٩ - واغاثة الہفان لابن قيم الجوزي
ص ٢٧٩ - الريلعي ج ٢ ص ٢٥٩ - واصول البزدوي ج ١ ص ٨٨ والمنفي لابن
قدامة الحنبلي ج ٦ ص ٦٤٦ - ونبيل الاوطار ج ٦ ص ٢٥٤ وص ١٣٨ - ١٣٩ .

(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٨ .

(٣) الاحباء ج ٢ ص ٢١١ .

ويقول في موضع آخر : « واعلم أنه ليس حق الجار كف الأذى فقط بل احتمال الأذى .. ولا يكفي احتمال الأذى بل لابد من الرفق واسداء الخير والمعروف »^(١) .

وقد تضافرت على هذا المعنى الآيات والاحاديث^(٢) النبوية من مثل قوله تعالى : « واجلار ذي القربي والجار الجنب والصاحب بالجنب »^(٣) وقوله عليه السلام مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سبوره » .

والالتزامات الجوار لم تقررها القوانين المدنية - منعا لتعسف المالك في استعمال حق الملكية - الا في أوائل هذا القرن وعلى نطاق ضيق .

غير أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد حفلوا بأراء وأحكام مؤداتها تحديد سلطة المالك في استعماله لحقه اذا ترتب عليه ضرر غير مألف بجاره ، وذلك استجابة منها للتطور الاجتماعي الذي أثر بدوره في تغيير مفهوم الحق بوجه عام .

لقد انتقلت الثقافة الفقهية والقضائية الفرنسية الى الفقه والقضاء المصريين باعتبار أن القانون المصري القديم استقى احكامه من القانون المدني الفرنسي .

على أن القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم كان يستقي احكامه فيما يتعلق بالالتزامات الجوار بما استقر في الشريعة الاسلامية من أحكام في هذا الشأن ، ذلك ؛ لأن القانون المدني المصري القديم لم يكن فيه إلا بعض تطبيقات تتعلق بتقييد الحق لما كان يسوده من التزعة الفردية تأثراً بأصله الفرنسي^(٤) .

(١) المرجع السابق ص ٢١٣ .

(٢) انظر في رعاية حقوق الجوار الاحاديث التي أوردها المنذري في كتابه الترغيب والترهيب ج ٣ ص ٣٥٢ - وسنن أبي داود ج ٤ ص ٤٦١ .

(٣) سورة النساء آية ٣٥ .

(٤) الوسيط للدكتور السنوري ج ١ ص ٨٣٩ - ٨٤٠ ففيما يتعلق بالالتزامات الجوار نجد مثلا المادة ٣٨ مدني مصرى قديم تنص على أنه « ليس المالك المخاطط أن يهدمه لمجرد ارادته ان كان ذلك يترب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه مالم يكن =

أما الشريعة الإسلامية - بما تتضمن من أصول التكافل الاجتماعي وما ترتكز عليه من قيم أخلاقية وقواعد شرعية محكمة - فقد كانت خصبة بالاحكام التي تقيد حق المالك ، بل والحقوق والإباحات جميعاً ، على نحو لم تألفه التشريعات الوضعية حتى اليوم ، فهي لا تقيد حق المالك حتى لا يتصرف في حقه على وجه غير معتمد ، بل وتقيد تصرفه - قضاء - إذا استعمله على الوجه المعتمد ولو كان له غرض صحيح اذا تعدى ضرره الى غيره^(١) .

وقد كان حق الجوار يراعي ديانة كارأينا ذلك واضحاً عند الغزالى ، ثم أصبح حفاظاً قضائياً بفساد الزمان^(٢) .

وقد رأينا متأنثري الحنفية يذهبون الى هذا التقيد استحساناً لأجل المصلحة - كما يقول الزيلعى - اذا ترتب على استعمال حق الملكية ضرر بين يلحق بالجار^(٣) .

قد رأينا إذن كيف تحول حق الجوار من حق يراعي ديانة ، وتلزم به

ـ هدمه بناء على باهث قوي « فهذا النص يجد من اطلاق يد المالك في تصرفه بعقاره على وجه يضر بجاره درءاً للتعسف الا اذا كان مدفوعاً بباعث جدي » - الوسيط ج ١ ص ٨٣٩ - ٨٤٠ .

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٩ فقد حكى ابن رجب خلاف الأئمة في استعمال المالك لعقاره على الوجه المعتمد ، ولو كان له غرض صحيح ، اذا تعدى ضرره الى جاره . فذهب اي حنفية والشافعى الى عدم المنع ، وقال بنعمة احمد ووافقة مالك في بعض الصور .

(٢) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص ١٠٦ .

(٣) تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٩٦ انظر احكام التزامات الجوار ؛ كشف، القناع ج ٣ ص ٣٤١ و ص ٣٤٢ ، المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢١٨ المتقدى شرح موظف الامام مالك ج ٦ ص ١ ، المدونة الكبرى ج ١٤ ص ٢١٥ ، البصرة لابن فرحون ج ٢ ص ٢٥٥ ، جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٩ وما بعدها ، البهجة شرح التحفة للتسلوي ج ٢ ص ٣٤٣ و ٣٤٤ ، القوانين الفقهية لابن جزي مجله الحكم العدلية من المادة ١١٩٨ - ١٢١٢ .

مقضيات العقيدة ، الى حق قضائي تأكيداً لنفي الضرر عن الناس ، وعلى هذا ، فكثير من الالتزامات الدينية الأخرى يمكن أن يشرع لها ولـي الأمر أحكاماً تنفذ بسلطان القضاء ، إذا أهل الناس رعایتها لضعف وازع الدين ، وترتب على ذلك ضرر يتعدى إلى الغير اعتقاداً على أصل مقرر في الدين من أنه « لا ضرر ولا ضرار »^(١) .

نخلص من هذا إلى أن القيم الأخلاقية تعتبر حجر الزاوية في الفقه الإسلامي ، وأثرها واضح في تقدير الحق كما رأينا في النبي عن الاضرار بالبخار ، والخطبة على الخطبة وما في معناها ، ونكاح التحليل ، والربا ، وعلى الجملة أثرها في تقدير كل حق بما يمنع الاضرار بالغير ، ورأينا أن بعض هذه الأحكام الأخلاقية والدينية قد تحولت إلى أحكام تشريعية قضائية تأكيداً لنفي الضرر عن الناس ، مما يكسب الحق معنى اجتماعياً لتدعمه أواصر التضامن والتكافل الاجتماعي .

صرى رعاية الفواعر الخلقية في القانون :

صحيح أن القانون يبطل عقوداً إذا كانت منافية للنظام العام والأداب ، وقد يلعب الباعث دوراً في أحكامه ، وذلك – لا ريب – مظهر للتزعة الأخلاقية في التشريع ، غير أن الفقه الإسلامي بارسائه افكرة الحلال والحرام ، وتحريمه للباعث النفسي في كل تصرف وسلوك حيوي واجتماعي ، واعتباره العمل عبادة لا بد فيه من نية امتنال أوامر الله ونواهيه ، وترتبيه حكماً مزدوجاً – دنيوياً وأخروياً – جعل منه نظاماً مدنياً وروحيًا معاً^(٢) .

(١) انظر سند هذا الحديث وما يستنبط منه من أحكام الجوار جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٢) المدخل التقني – المجلد الأول – للاستاذ الجليل مصطفى الزرقان ج ١ ص ١٩٩ والملکية وبطريقة العقد للاستاذ الجليل الشيخ اي زهرة ص ١ - ٢ =

لم يكن غريباً على فقهه تتبع أحكامه من تعاليم دينية أن يعني بالبواعث النفسية والمبادئ الأخلاقية والمثل العليا ، ومن هنا كان الفقه الإسلامي تقوياً يتعلق بالارادة وتوجيهها ، ويظهر الباعث كي لا يحرك الارادة إلى تحقيق غايات غير مشروعة تناقض مقاصد الشارع ، وتهدم قواعده تحت ستار الحق .

فالفقه الإسلامي إذن غافل يتجه إلى تحقيق مقاصد أساسية، فأحكامه لم تشرع تحكماً؛ بلجراً لخضاع المكلفين لسلطان التكليف ، ولا عيناً ؟ بل شرعت لمعان ومصالح اجتماعية واقتصادية اقتضت تشريعها ، ويتقيد استعمالها بها ظاهراً وباطناً، وهذا معنى قول الأصوليين : الشريعة مبنية على مصالح العباد أو « الأحكام معاللة بصالح العباد » .

وعلى هذا فأحكام الشريعة - وهي مناشيء الحقوق - مقيدة^{٣٥} بمقاصدها التي هي روحها ومعانها التي من أجلها شرعت ، حتى لا تعتسف الارادة غاية الحق ، ولا يعني في مشروعية استعمال الحق كونه يستند في الظاهر إلى الحق دون نظر إلى ما يهدف إليه الباعث من غاية قد تتفق مع المصلحة التي من أجلها شرع الحق أو تนาقضه ، أو دون نظر إلى مآل استعماله من النتيجة المادية الواقعية في حد

هذا وقد مكن القانون المدني الجديد في الجمهورية العربية المتحدة وتبنته القوانين المدني السوري للنزعة الأخلاقية في أحكامه ، والنزاعات الاجتماعية الحديثة ، باحلاله « نظرية التعسف في استعمال الحق » مكاناً بازراً بين النصوص التمهيدية ، لتكون دستوراً عاماً يحكم ممارسة الحقوق جائعاً ، ويدرأ التعسف في استعمالها ، وقد اشتقت مبادئها مما استقر في الفقه الإسلامي من قواعد بينها، وأحكام ، وقد اتجهت إلى هذه النظرية جميع قوانين العالم في القرن الحاضر ، على تفاوت مما أدى إلى بirth هذه النظرية واتسعها بعد أن طفت عليها النزعة الفردية قروناً ، في حين ان هذه النظرية قد نشأت بشأة الشريعة وبسطت ظلها على جميع الحقوق فيها .

المذكورة الإيضاحية ص ٣١ و ٣٢ و ص ٣٥ .
اللوسيط ج ١ ص ٨٧٦ ،

ذاتها التي قد تتناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد ، ومن هنا جاء تقييد استعمال الحق بوجوب أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع^(١) .

فالحقوق - إذن - وسائل منحت للفرد لتحقيق الحكمة الغائية التي من أجلها تقررت ، ويتفرع على هذا أن مناقضة هذه الحكمة - قصداً أو، مالاً - تبطل التصرف ، ولو كان في أصله يستند إلى حق أو يستتر به، فلا بد - لصحة التصرف - أن يكون مطابقاً للشريعة مبنياً ومعنى ، ولا عبرة بظاهر العمل وصورته إذا كان الباعث غير مشروع ، أو كانت النية تتجه إلى الضرار بالغير . وفي هذا المعنى يقول ابن القيم « القصد روح العقد ومصححةه وبمطبه ، فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ ... الخ »^(٢) .

وواضح من ذلك ما يتعلق بالارادة ومن ورائها الباعث .

أما تقويم الارادة كيلا تتكتب المقصود الشرعي للحق وتعتسف طريقه في القاء فكرة الباعث قيداً عليها ورقياً ، كي لا يتبين هذه الارادة عن تحقيق مقاصد الشرع ، والمؤيد لذلك هو إبطال التصرف إذا كان الباعث عليه غير مشروع .

وقد أفضى ابن القيم في إعلامه^(٣) ومن قبله الإمام الشاطبي في موافقاته^(٤) القول في « الباعث » و« اعماله » ، وأنه أصل من أصول الدين ، فالقصد معتبرة في العبادات والعادات على سواء « وأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي^(٥) »

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٣١ و ص ٣٣٣ .

(٢) إعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٢ .

(٣) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزي ج ٣ ص ٩٢ .

(٤) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٢٣ .

(٥) المرجع السابق ج ٢ ص ٣٨٦ الفتوى لابن تيمية ج ٣ ص ٢٢٧ ، راجع رسالة فتحي ص ١٨٣ باللغة الفرنسية في التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٢ .

ومناقض له ، ومناقضة الشرع باطله ، فما يؤدي إليها باطل .

ويقول الشاطبي في هذا المعنى « قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع »^(١) ثم يسوق الأدلة على هذا الأصل .

ويقول في موضع آخر : « كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض للشريعة ، وكل من ناقضها فعله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعله باطل »^(٢) .

فالفقه الإسلامي إذن يحكمه قانون الغاية ، والغايات قد تكون مثلاً على لتوية الروح ، وتطهير الدوافع ، ولا تصور غير ذلك في تشريع ذي صبغة دينية ، وعلى هذا فليس مما يتفق وتشريع هذه طبيعته أن يخضع للأسلوب التقريري الذي يعتمد المشاهدة والتجربة .

على أن هذه المثل العليا واقعية في الوقت نفسه ، لا تلزم المكلف بما يخرج عن حدود طاقته ، أي لا يطلب من المكلف الوصول إلى نهايتها بل اتجاه القصد إليها

(١) المواقفات ج ٢ ص ٣٣١ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٣ .

راجعاً في هذا المعنى فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ١٤ ، رسالة فتحي من ٢٢٤ وما بعدها ، هذا واعتبار الباعث في العبادات والعادات أمر يجمع عليه ديانة ، غير أن الخلاف بين الشافعية والحنفية من جهة والحنبلية والمالكية من جهة أخرى في الطريقة التي يستدل بها على هذا الباعث ، باعتباره أمراً نفسياً ذاتياً ، أي فيما يتحقق به مناطه ، فذهب الأولون إلى أنه لاعتبره به إلا إذا دل دليل مادي ظاهر من العبارة تدرج في صيغة العقد ، وأضافوا الحنفية إلى ذلك أنه يعتبر أيضاً إذا أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد وتعيينه طريقاً إلى تحقيق مصلحة غير معروفة ، وهو ما يعبر عنه رجال الفانون بالإرادة الظاهرة ، أي يشترط لاعتبار الباعث - قضاه - أن يكون جزءاً من التعبير ، ومنصوصاً عليه في العقد صراحة أو ضمناً . أما الآخرون فيكتفون بكل ما يدل عليه من ظروف وقرائن ، راجع الأم الشافعي ج ٦ ص ١٩٨ و ج ٣ ص ٦٥ أعلام المؤقبين ج ٣ ص ٩٢ ، الزيطي ج ٤ ص ١٩٠ - المغني ج ٩ ص ٣٣١ - التبصرة ج ٢ ص ١٤ .

والعمل - بما في الوسع في هذا السبيل ، وذلك بأن ينحو في سلوكه الاجتماعي - ومن ذلك مباشرته لحقوقه - الوجهة التي تقربه من تلك المثل ، ذلك لأن التكليف - كما هو معلوم - منوط بالاستطاعة - يقول العز بن عبد السلام : « مدار الشريعة على قوله تعالى : « فاتقوا الله ما استطعتم » و« اتقوا الله حق تقates » وعلى قول الرسول ﷺ : « إِذَا أَمْرَتُكُمْ بِأَمْرٍ فَانْفَوْا مِنْهُ مَا مَسْطَعْتُمْ »^(١) ويؤيد ذلك كله أيضاً قوله تعالى : « لَا يَكْفُفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسَعَهَا » .

ولتوسيح هذه الدعامة الأخلاقية التي يقوم عليها التشريع الإسلامي سفرد لها بحثاً خاصاً ، باعتبار أن « نظرية التعسف في استعمال الحق » - تمثل النزعة الأخلاقية في التشريع ، وبالتالي تعتبر ثرة لهذه الدعامة .

وما يرسد إلى مدى سيطرة العوامل الأخلاقية على الفقه الإسلامي - بالإضافة إلى أنه ديني الصبغة - أن قواعده التشريعية مبنية على أصول خلقية ، الأمر الذي كان له أبعد الأثر في تقييد الحق ، وتحديد مدى استعماله .



(١) القواعد لعز الدين بن عبد السلام ج ٢ ص ١٢٨ ، وراجع البحث القيم للأستاذ الجليل الشيخ محمد محمد المدنى في مجلة الازهر عدد رجب سنة ١٣٨٢ ص ٤٣٥ وما بعدها .

الفصل الخامس

المبحث الأول

الدعاـمة الـخـلـقـيـة فـي الفـقـه الإـسـلـامـي وأثرـها فـي تـقيـيدـاـحـقـ

تسهيـم الـقـيم الـخـلـقـية بـنـصـيب وـافـر فـي تـقيـيدـاـحـقـ وـحـماـيـتـه اـسـهـامـها فـي خـلـقـ
الـتـكـافـل الـاجـتـاعـي ، فـما قـيـدـاـحـق لـشـخـص الـاصـيـانـةـ حـقـ لـغـيـرـه ، ذـلـك انـ الشـرـيـعـةـ
اـذ تـأـمـرـ بـالـامـتنـاعـ عـنـ الـاـخـضـارـ وـتـحـرـمـهـ مـثـلاـ . وـهـوـ وـاجـبـ خـلـقـيـ اـصـلـاـ . اـنـاـ
تـحـرـمـ هـذـاـ سـلـوكـ تـأـكـيدـاـحـقـ الغـيـرـ فـيـ مـصـونـيـةـ مـالـهـ اوـ عـرـضـهـ اوـ نـفـسـهـ اوـ ايـ
عـضـوـ مـنـ اـعـضـانـهـ ، وـبـاـجـمـلةـ لـصـيـانـةـ الـمـقـاصـدـ اـسـاسـيـةـ اـخـمـسـةـ^(١)ـ فـيـ الشـرـعـ وـمـاـيـتـبعـهاـ ؛
فـكـلـ اـمـرـ اوـ نـهـيـ خـلـقـيـ يـقـيـدـ سـلـوكـ فـردـ مـنـ الـأـفـرـادـ فـيـ ظـرـوفـ مـعـيـنـةـ ،
لـمـ يـشـرـعـ ذـلـكـ بـمـجـرـدـ اـمـرـ اوـ نـهـيـ ، بلـ يـقـصـدـ بـهـذـاـ التـقـيـيدـ حـمـاـيـةـ حـقـ
لـغـيـرـ ، وـقـدـ تـنـاوـلـ بـعـضـ الـاـصـوـلـيـنـ بـالـبـيـانـ الـقـاعـدـةـ الـذـهـبـيـةـ الـتـيـ اـشـرـنـاـ إـلـيـاهـ آـنـفـاـ ،
تـلـكـ الـقـاعـدـةـ الـتـيـ تـعـتـبـرـ قـوـامـ الـحـقـوقـ بـاـفـيـاـ الـابـاحـاتـ وـالـحـرـيـاتـ الـعـامـةـ وـهـيـ ،

(١) رـمـيـ الدـينـ وـالـنـفـسـ وـالـعـرـضـ وـالـعـلـلـ وـالـمـالـ .

« ان حق الغير محفوظ عليه شرعاً^(١) » فرداً كان ذلك الغير ام جماعة ذلك، لأن الاصل عصمة الانسان غيره عن الاضرار به وایلامه^(٢) ، لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ولو ابان استعمال الانسان لحقه ، ولعظم خطر هذا الاصل اعتبار في الشرع من حق الله ، وعلى هذا اصبح كل حق للفرد يشوبه حق الله ، وهو المحافظة على حق الغير ، وهذا ما يقتضيه الصالح العام .

ذلك مثل^{هـ} من قاعدة خلقية في الاصل تحدد سلوك كل فرد بالنظر الى ذاته ونفسه من حيث كالماء والسموم بها ، وفي هذا السبيل تفرض الشريعة واجبات خلقية شتى ، سموا بذات الانسان ، لأن ذلك من المهمة الأولى للشريعة، وليس من جزاء على الاخلاط بهذا الواجب الا نفور الرأي العام ، والادانة الاخروية ، وهي اعظم رهبة وسلطانا من الجزاء الدنيوي .

على أن القاعدة الخلقية قد ترتقي الى قاعدة شرعية فقهية تحدد سلوك الفرد بالنسبة لغيره اذا ترتب على الاخلاط بها ضرر بالناس ، وذلك بترتيب جزاء دنيوي ، فتواجهه أثر الاخلاط بالواجب بالنسبة الى الغير ، وتقرر للمضرور حقا في الضمان او التعويض بما لحق به من ضرر قضاء .

والواقع ان المعنى في القواعد الشرعية من مثل قاعدة « نفي الضرر » وقاعدة « نفي الخرج » وقاعدة « الامور بمقاصدها » يجدها كلها قواعد خلقية في الاصل ، اصبحت قواعد شرعية لحماية قيم انسانية في المجتمع .

والفقه الاسلامي - بما هو ديني الصبغة - يتذرع بكل قاعدة - خلقية كانت ام فقهية^(٣) - لتأكيد الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة، وهو جلب المصالح ودرء المفاسد .

(١) المواقف للشاطبي ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٦٢ ، وسيأتي تحليل هذه القاعدة وشرحها بالتفصيل .

(٣) اعني بها ما كانت تطبق قضاها وتقتضي جزاء دنيوي .

و بما لا شك فيه ان في اعمال القواعد الخلقية ، درءاً للمفاسد ، بالترفع ذاتياً عن جميع اسبابها ، وبذلك تمتاز عن القوانين التي لا تولى عنایتها بمخاطبة الفرد ليسمو في نفسه ، ويتحقق كماله الذاتي .

مرجع الفوائد الخلقية بالفوائد الشرعية في هذا الفقه

على ان هذه القيم الانسانية والمثل العليا التي امتحنت في الفقه الاسلامي بقواعد التشريع ، من البر والاحسان والرحمة والاخوة ، والايثار ، تستمد معاييرها وتدعيمها من ينبوع واحد هو مبدأ الحير الاسمي وهو « الاعيان » بالله تبارك وتعالى ، كما تهدف الى غاية مشتركة هي لقامة الدنيا بحيث تكون سبيلاً الى الآخرة ، اي أن تحكم بحكم الدينسيطر على الضمير والوجدان^(١) تحقيقاً لصالح الفرد والجماعة بل والانسانية عامة ، أي بناء مجتمع انساني فاضل على أساس من التعاون على البر ، والتسابق في الحير ، والتواصي بالرحمة ، والتفاضل بالقوى ، والسعى - أفراداً وجماعات - لابتغاء مرضاه الله ، وهو المدف المشترك للفرد والجماعة في الشريعة .

ولا يتبادر الى الذهن ان هذه امور مثالية لا علاقة لها بالتشريع ، بل هي باب الحكمة التي تدور احكام الشريعة عليها ، وهذا ما وعاه علماء اصول الشريعة ، فالشاطبي يقول في هذا المعنى « انه الغاية من ازال الشريعة ، لأنها ما انزلت الا لبيان وجه شكر النعم ، وبيان وجه الاستمتاع بها^(٢) ». ويبين معنى الشكر فيقول: «والشكر هو صرف ما أنعم عليك في مرضاه المنعم ، وهو راجع الى الانصراف اليه بالكلية ، ومعنى بالكلية ان يكون جارياً على مقتضى مرضاته بحسب الاستطاعة في كل حال^(٣) ».

(١) مالك لأبي زهرة .

(٢) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) المرجع السابق .

وغي عن البيان أن الأوامر والنواهي - وهي مناشئ الحقوق والواجبات - شاملة للقواعد الأخلاقية المثبتة في الشريعة، وإذا كانت الشريعة أنها انزلت للامثال ابتعاه مرضاعة الله ، فالقواعد الأخلاقية والفقهية في نظر الشرع بمرتبة سواء من حيث الامتثال ، ومن هنا تقييد الحق بكلمها في الشريعة ، ولهم نفس الأثر .

ومن القواعد الأخلاقية^(١) التي انعكست آثارها على الحقوق والمعاملات تحديداً وتقييداً ، وجاءت بها النصوص من الكتاب والسنة ، قاعدة وجوب التعاون ، كقوله تعالى «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الامم والعداوة» وقاعدة «نفي الفرد» في قوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار» وقاعدة تحريم الغرر والغش والتدعيس ، وقاعدة «الايشار» ، و«يؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خاصحة» وقاعدة العفو ، «فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع معروف وأداء إليه بحسان» وقاعدة انتظار المضر ، «وان كان ذه عسرة فنظرة إلى ميسرة» فاسقاط الفرد حقه - شريطة الا يؤدي إلى اسقاط حق مغلب الله تعالى - او التنازل عن بعضه ، من قواعد الدين .

ونضيف إلى هذا قاعدة «الصلح» بين المتخالفين ، وقد ندب الشرع إليه ، وفيه تنازل عن بعض الحق أو كله ، لمصلحة راجحة ، هي إجلال الوئام بين الناس ، واتقاء ضرر أشد فيما لو أصر ذو الحق على استيفاء حقه كاملاً ، وأقله موجودة المقضى عليه على المقضى له ، وقد يتوجه الأول إلى إيقاع الأذى بالآخر ، لاعتقاده بأنه مظلوم فيما قضى له به ، ولذا كان رجاء الصلح من الأسباب الجيدة لتراغي القضاء «والصلح خير» .

(١) ما هو أعم من الحكم الكلي الذي ينطبق على معظم جزئيات موضوعه ، أو الحكم الخاص بوضع معين ، كتحريم نكاح التحليل .

أثر هذا المزج في بناء التكافل الاجتماعي

فتحن نرى مدى امتراج القواعد الأخلاقية بالقواعد الشرعية ، وأثر ذلك في بناء التكافل الاجتماعي بين الأفراد ، مما ينافي بفكرة الحق عن معنى السلطة المطلقة ، أو الانانية الفردية ، ذلك المعنى التي عانت منه التشريعات الوضعية ردها من الزمن ، وعجزت عن مواجهة أزمة التضارب بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في ظل ذلك المعنى الفردي ، وهو - كما رأينا - لا وجود له في الشريعة الإسلامية .

ومما يؤكّد المعنى الاجتماعي للحق في الشريعة - في ضوء القيم الأخلاقية المثبتة فيها - أنها لا ترغب في نطاق المعاملات والحقوق الفردية بوجه عام - في المعاملة بالمثل ، والمعادلة في الاقضاء ، بل تجعل ذلك أمراً مباحاً لاحرج فيه ولا جناح ، وبالتالي لأنواب عليه ولا عقاب ، بل تتحث على تجاوز العدل إلى الفضل والاحسان والتسامح « ولا تنسوا الفضل بينكم » « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » . فهي تنهي عن التزييد في حق النفس ^(١) - الاقضاء - وتحصن ^٢ على الزيادة في حق الغير - القضاء كما أنها تأمر الدائن بانتظار المعاشر ، تندبه - في الوقت نفسه - إلى التصدق عليه بالدين ، وابراه منه .

وفي الشئون الاجتماعية تتدبر إلى مقابلة الامساحة بالاحسان ، أو بما هي أحسن ، أما مقابلة السيئة بالسيئة فهو حق سافع لمن حرص عليه غير باع ولا عاد .

وفي الاحداث الجنائية « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباعه معروف واداء إليه بحسان » .

فالمبادر الذي يستخلص من تعاليم الشريعة فيما يتعلق بالمعاملات واقتضاء الحقوق وقضائهما ، أن المعاملة الفاضلة في نظر القرآن إنما هي المعاملة التي تقوم على العفو والإيثار والفضل ، وأن الرذيلة إنما هي في الطرف الأقصى التي تقوم

(١) نظرات في الإسلام للدكتور محمد عبد الله دراز ص ٦٧ .

على الجور والاستئثار والبغض ، اما الحطة التي بين بين ، وهي المعاملة بالمساواة والمعادلة الدقيقة ، فانها اذا وزنت في معايير الحكمة القرآنية لم تستحق ان تسمى فضيلة ولا رذيلة ، واما هي دخصة لا يتوجه اليها امر ولا نهي ، ولا يناظر بها مدح ولا ذم ، ولا يستحق صاحبها ثوابا ولا عقابا^(١) .

وحصيلة هذا ، ان الشريعة اذا رغبت في التسامح وحثت علىتجاوز العدل الى الفضل في المعاملات والتصديق بالحقوق ، فلأن تجعل الحق مقيداً بما لا يضر بالغير من باب أولى .

فالسلق المطلق لا وجود له في الشريعة الاسلامية ، ولا ينسق مع روحها وقواعدها واعدافها ، ومن ثم فلا مكان فيها للانانية الفردية التي تكمن وراء استعمال الحقوق غالبا ، والتي كانت سبباً في نشوء مذاهب اجتماعية متطرفة انكرت شخصية الفرد وحقوقه ، متذرعة بطبعان الانانية الفردية ، فـكـان التخلص من الطغيان لا يكون الا بال الوقوع في طغيان مثله .

تفيد الحق بالمعنى الخلقي والديني من قواعد الشرع

بينا ان المعنى الديني والخلقي في الفقه الاسلامي لا ينفصل عن «المعاملات» بل ان الاصوليين من يجعل العفو عن المظالم واسقاط الحقوق بما يتنق مع قواعد الشريعة ، ويعتبر تحريم العفو والأخذ بالجزاء دافعاً أبعد عن القواعد ، وواضح ان العفو - في الاصل - شيمة خلقية ، وفضيلة نفسية ، وهي عند علماء المسلمين أصل من أصول الشريعة يتصل بقواعدها . ولعل هذا العفو يتصل اتصالاً وثيقاً بالرحمة ، والرحمة قد انزلت الشريعة كلها من أجلها « وما ارسلناك الا رحمة للعالمين » « وتواصوا بالصبر وتواصوا بالرحمة » .

فان قيل : ان هذا مزج لقواعد الشريعة بالقواعد الخلقية مع الفارق بينها

(١) المرجع السابق ص ٦٨ و ٦٩ .

طبيعة وهدفا ، قلنا ان هذا المرجح ميزة الشريعة الاسلامية باعتبارها شريعة دينية لم تأت للتنظيم واقرار الجزاء والعقاب الدنيوي - فحسب ، بل جاءت للإصلاح والتوكين النفسي ، وهو اصلاح جذري لا يغنى عنه تنظيم العلاقات الاجتماعية، وتحديد سلوك الأفراد في صورها المادية ، وهذه الظاهرة هي التي تفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية . فالشريعة منطق مختلف عن منطق القانون في التشريع .

أهم ملامح الشريعة بين الواقعية والمثالية

قلنا ان الشريعة الاسلامية تحت على التسامح وتغرس به في استعمال الحق واقتضائه ايا كان نوعه ، ففي المعاملات ، انظر ان شئت الى قوله تعالى : «فَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةً فَنَظِرْهُ إِلَى مِيسَرَةٍ» ، وان تصدقا ... » فإذا كان لصاحب الحق - عدلا - ان يقتضي حقه من مدينه ، ويكرره على ذلك ولو بالحبس اذا كان واجدا بباطلا ، الا انه اذا ثبت اعساره ، فالمروءة والفضل يقتضيان انتظاره ،اما وسيلة الاكراه بالحبس فاستعملها حالة الاعسار غير مشروع ، لأن هذه الوسيلة اما شرعت اذا افضت الى المقصود ، وهو اجباره على قضاء الدين حالة المقدرة ،اما استعملها مع العلم بانها لا تشعر ، ولا تحصل مقصودها ، فمحض تعسف في استعمال الحق ، والتعسف ظلم ، يقول العز : «كُلُّ تَصْرِفٍ تَقَاعِدُ عَنْ تَحْصِيلِ مَقْصُودِهِ بَاطِلٌ^(١)». هذه درجة اولى ، وثمة درجة أخرى ندب الدائن اليها وأغرته بها ، بما وعدته من الثواب - وهي التصدق بالدين على المعاشر ، وهاتان النزعتان : الواقعية التي تمثل في العدل ، والمثالية التي تزعز الى الاحسان والفضل ، تدعهما الآية الكريمة «ان الله يأمر بالعدل والاحسان» .

(١) القواعد ج ٢ ص ١٦١ و ١٦٢ - ويقول صاحب منح الجليل : «والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها » ح ٢ ص ١٠٢ و ص ١٠٣ .

ولا يخفى ما في ذلك من تهين ووابط الاخوة والتضامن الاجتماعي .

وفي العقوبات : قال الله تعالى : يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتُبْ عَلَيْكُمُ الْقَسَاصُ فِي الْقَتْلِ إِنَّ حَرَجَ عَلَى الْعَبْدِ بِالْعَبْدِ وَالْإِنْشَى بِالْإِنْشَى فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخْيَهُ شَيْءٌ فَاتِّبَاعُ مَعْرُوفٍ وَادَاءُ إِلَيْهِ بِالْحَسَانِ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكَ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ وَلَكُمْ فِي الْقَسَاصِ حِيَاةٌ بِالْوَلِيِّ الْأَلَبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ .

واقعية المثالبة ومثالبة الروافضة

فالشرعية اذ شرعت القصاص، أفرت الواقع فطرة النفس الإنسانية، فالجزاء على الجريمة عدل يرتاح له ضمير الفرد، وتطمئن اليه نفسه، ويعسر عليها ان تتقبل احتمال الاذى والظلم، ذلك؛ لأن النفس لا يرضيها الا المائنة في الجزاء غالباً، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فإن شرعية القصاص زاجرة للنفوس التي لا يردعها عن الظلم والفساد الا أحكام رادعة ، فلا بد من تشريع هذا الحكم عدلاً وبدعا ، وفي هذا تسخير الشرعية منطق الواقع من الناحيتين : من ناحية من له الحق ، وناحية من عليه الحق؛ ولكنها في الوقت نفسه فتحت السبيل على مصراعيه الى التخفيف من حدة المائنة، والعدل الدقيق في الاقتضاء، واستعمال الحق ، تسامياً الى المثالبة ، وحثت النفوس على ذلك ، وراعت تفاوت هممها، فجعلت لولي الدم العفو الى بدل مالي وهو الديه ، او العفو المطلق ، ففي القصاص اذن حقان : حق أعلى ، وهو المائنة ، وحق أدنى : وهو العفو ببدل مالي ، او العفو المطلق ، وعلى من عفا أن يتبع القاتل بالمعروف ، ولا يطالبه بعد العفو الا بمال المصالح عليه ، وعلى القاتل ان يؤدي بدل الصلح بمحاسن ، أي بلا مطل ولا بخس^(١) .

(١) راجع تعالى الشيخ احمد ابراهيم علة الحقوق عدد ٢/٣/١٧٢٧ .

ولا شك ان في ندب الشريعة الى اسقاط الحق ، كذا في النصدق بالدين على المدين المعرّر ، وكذا في العفو المطلق عن القاتل ، من أجل حمو واقعة قتل النفس الإنسانية ، ولو على سبيل المقاومة والمغادلة ، تمتينا لروابط التضامن والتكافل الاجتماعي ، لما في ذلك من استئصال الاحن والاحقاد بالعفو عن القاتل ، وتحميمه منه العفو ، والابقاء على حياته مع القدرة القصاص ، وتأييد القضاء له .

ولا يخفى ما في التعبير بقوله تعالى : « من أخيه » من التعطف الداعي الى العفو ، والإشارة الى أن عاطفة الاخوة في الدين أقوى من عاطفة الانتقام ، فالقتل لا ينبغي أن يذهب ياخوة الايان .

وهذا يؤكّد ما قررناه سابقاً ، من أن المبدأ الذي حثت عليه الشريعة في استعمال الحق ، هو تجاوز العدل الى الفضل « عملاً بقوله تعالى : « ولا تنسوا الفضل بينكم » وقوله تعالى « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » وقوله تعالى : « ولمن صبر وغفر إن ذلك من عزم الأمور » .

على أن هذا التسامي تقتضيه الفطر السليمة ، والظروف والبيئات ، فإذا كانت المائة في القصاص يحرص عليها طائفة من الناس من يستحكم فيه حب الأخذ بالثأر ، والتشفي والانتقام ، فان فريقا آخر قد يوجد في ظروف مادية تقتضيهم أن يعدلوا عن القصاص الى البدل المالي ، وهو الديه ، أو توجد صلات من القربي بين القاتل والمقتول تجعل القصاص شديد الوطأة على نفوسهم . وفريق ثالث قد يرى العفو المطلق ، لسمو نفوسهم ، وتسامح في فطرتهم او قوّة في دينهم ، فهم يتسمون الأجر من الله تبارك وتعالى .

والخلاصة : ان الشريعة حبّيت الى الذي الحق في القصاص العفو ، وأغرّته به من الناحية المادية ، فجعلت له ان يعمّ على مال ، وأغرّته من الناحية المعنوية ايضاً فوعده رضا الله والثواب الجزيل في الآخرة « فمن عفا واصلح فأجوره على الله » « فمن تصدق به فهو كفاره له » « والكاظمين الغيظ والعافين عن الناس »

وهذا عامل فعّال في حفظ الأمن ، واقرار النظام بين الجماعات ^(١) ؛ ولذا كان هذا الدين دين الفطرة « فاقم وجهك للدين حنيفا فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبدل خلق الله . ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون » .

أما أن القواعد الأخلاقية من قواعد الشرع فذلك ما يقرره الأصوليون : يقول الإمام العز بن عبد السلام : « إن اجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها ، والرجم عن المفاسد بأسرها ، قوله تعالى « إن الله يأمر بالعدل والاحسان ، وآياته ذي القربى ، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى ، يعظكم لعلكم تذكرون » .

ويشير الإمام العز بن عبد السلام إلى أن الاحسان له أنواعاً قاعدة الشرعية ، إذ يقول : « الاحسان لا يخلو عن جلب نفع ، أو دفع ضرر ، أو غنائمها ، وتارة يكون في الدنيا ، وتارة يكون في العقبى ، وأما في الدنيا فبالارفاق الدنيوية ، ودفع المضار الدنيوية ، وكذلك اسقاط الحقوق والعفو عن المظلوم ^(٢) . وهكذا يجعل العلامة العز بن عبد السلام لسقط الحق في المعاملات والعفو عن المظلوم من باب جلب المصالح ودرء المفاسد ، وهو الاصل الذي قامت عليه الشرعية ، وبهذا ييدو لنا واصحاً ان الشرعية تتذرع بكل قاعدة خلقية او شرعية لتأكيد هذا الاصل . وعلى هذا لا يقال ان العفو عن القاتل يدفع الى الاجتراء على الجريمة ، فلما يحصل المقصود من حشو واقعة القتل ، وتطهير المجتمع من الفساد ، لأن العفو في الشرعية وصف مناسب اعتباره الشارع ، وشرع الحكم عنده ؟ لأنه لا يلزم عنه مفسدة الجرأة على الظلم في الغالب ، وكل مصلحة أربت على ما يلزم عنها من مفسدة كانت مشروعة ، وقد جاءت الادلة من الكتاب والسنة بطلبيها . « وان عاقبتهم فعاقبو امثال ما عوقبتم به ولئن صبرتم فهو خير للصابرين » .

(١) التشريع الجنائي - عبد القادر عوده - ج ١ ص ٤٩٥ ، تعال الشیخ محمد ابی شہید ، مجلہ الازھر جاری الآخر سنه ١٣٨٢ ص ٤٠٢ و ص ٤٠٣ .

(٢) القواعد للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ٢٦١ .

وقد أورد العز بن عبد السلام هذا القول ورد عليه بقوله : « وقال بعض العلماء : ينبغي ألا يعفى عن الظالم ، كيلا يجترئ على المظلوم ، وهو بعيد من القواعد .. وقد وصف الرسول ﷺ بأنه لا يجزي السيئة بالسيئة ، يعفو ويصفح ، مع أن الجرأة عليه أقبح من كل جرأة ، وأن العفو لا يؤدي إلى الجرأة غالباً ، إذ لا يعفو من الناس إلا القليل ، وقد مدح الله العافين عن الناس وهو عفواً » يحب العفو ، وقد رغب في العفو بقوله : « فمن عفا وأصلح فأجره على الله » ^(١) .

وقد يقال : إن مبدأ العدل المثالي المطلق أمر واجب في الشرع ، فكيف يكون مباحاً غير مطلوب ، قلنا : نعم : مبدأ العدل المطلق واجب في القضاء والحكم ، فلا يؤثر فيه عامل من الهوى أو القرابة أو اختلاف العرق أو العداء أو ما إلى ذلك ، فهو مبدأ مثالي مطلق كما سيأتي بيانه ، غير أن التعامل الدقيق في اقتضاء الحقوق بين الأفراد بعضهم قبل بعض أمر مباح لا تحت الشريعة عليه بل تندب إلى تجاوزه إلى الفضل والتسامح والاحسان ، أو التنازل عنه كلاماً أو بعضاً لما قدمنا من الأدلة .

اباعث كأصل خلفي وأثره في المعاملات والنصرفات :

و بما يؤكد أن المبادئ الخلقية تمثل حجر الزاوية في الفقه الإسلامي « ان العمل مطلقاً عبادة » ولذا اشترط الاصوليون ألا تقتصر نية المبادر للعمل - حقاً كان أم إباحة - على توخي المصلحة الذاتية التي شرع من أجلها العمل ؟ لأن هذا لا يخرجه عن كونه مبتغاً حظاً محراً من حظوظ الدنيا ، بل لا بد من أن

(١) المرجع السابق .

ينوي امثال أمر الله ونفيه ^(١) ، فكيف يتأتى في مثل هذا التشريع أن يصح عمل يحمل عليه باعث غير مشروع ، أو نية تتجه إلى الأضرار بالغير ، ولو كان ذلك العمل في أصله مشروعًا من حيث الظاهر ؟

وعلى هذا ، فالقول بوجوب تحري الدوافع النفسية التي تحرك إرادة المنشئ للالتزام أو التصرف ، أمر يتفق وروح الشريعة ومقاصدها .

نخلص من هذا إلى أن ناحية التعبيد موجودة في كل حكم – وهو منشأ الحق أو الإباحة – سواء كان معقول المعنى بينة حكمته أم غير معقول – وأن الحقيقة : – حق الله وحق الفرد – متلازمان إذا ، وجد أحدهما وجed الآخر ، فيها دائمًا مجتمعان ^(٢) .

ولا شك أن حق الله تعالى هو امثال أمره واجتناب نواهيه ، وهذا الامتثال طاعة ، والطاعة من حيث هي طاعة عبادة ، والعبادة تفتقر إلى نية ، فكان نتيجة ذلك – ان كل عمل في الشريعة يفتقر إلى نية امثال امر الله ، وبهذا لا ينفصل المعنى الديني عن كل معاملة أو تصرف ، أداء حق الله في صدق العبودية ...

أضف إلى ذلك ان حسن النية وسوءها ، وشرف الباعث وطهارةه ، من صميم الحالات الخلقية ، وقد جعلها أصوليو الفقه الإسلامي والمحققون من الفقهاء ، روح التصرف والعقد ومصححه ومبطله كما يقول ابن القيم ، وعلى هذا فليست صحة التصرف في الشرع – على ما هو الراجح – منوطة بهيئة الشرعية الظاهرة

(١) المواقفات ج ٢ ص ٣١٧ ، الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤١ ، الحق والذمة للأستاذ الشيخ على الخطيب ص ١٢٢ .

(٢) راجح الفروق للقرافي – الفرق الثاني والعشرون – المواقفات الشاطبي ج ٢ ص ٣٢٢ .

فحسب ؟ بل مرتبطة كذلك بالباعث الدافع الى التصرف ، عملاً بقوله عليه السلام : « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء مانوى »^(١)، وهذا الحديث أصل لقاعدة مؤصلة في الشرع . الأمور بمقاصدها^(٢) .

وهذا ما يؤمن به الإمام الشاطئي أيضاً بقوله : « لما ثبت أن الأحكام شرعت لصالح العباد ، كانت الأفعال معتبرة بذلك ؛ لأنّه مقصود الشارع فيها كما تبين ؛ فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال ، وإنْ كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة فالعمل غير صحيح وغير مشروع »^(٣) .

على أنه لا يكفي توخي المصلحة التي شرع العمل من أجلها؛ بل لا بد فيها من نية امثالي أمر الله ، وبيان ذلك : ان العمل – وهو وسيلة تنفيذ الحق – بوجه عام – إذا كان تعبدياً ، أي يقصد به امثالي أمر الله واجتناب نهيه ، وهو حق الله فيه كما بينا ، فإن المصلحة التي تقصد به تعبدية أيضاً لأمررين :

الأول : لأنها من وضع الشارع الحكيم ، وذلك آية حق الله في المصلحة ، فلا يجوز للعباد ابتداع المصالح ، لأنّه تشريع مبتدأ ، وذلك محروم بالضرورة.

الثاني : ان المكلف إذا كان عليه أن يتوكّي المصلحة التي قصدها الشرع ، حتى يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، فإن توخيه لغرض المصلحة ولذاتها ، لا يجعل عمله تعبداً ، لأنّه لا يختلف عن ابتغاء أي إنسان لحظوظه المجردة في الحياة ، فلا بد – ليؤدي حق الله في عمله – أن تتجه نيته الى امثالي أمر الله جل وعلا.

(١) راجع سند هذا الحديث وشرحه في جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٥ - ١٠ .

(٢) المادة / ٢ من مجلة الأحكام العدلية ، أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٢ .

(٣) ج ٢ الموافقات ص ٥ ٣٨٥ .

يقول الإمام الشاطبي في هذا المعنى : « فان الذي يعلم أن هذا العمل شرع لمصلحة كذا ، ثم عمل لذلكقصد ، فقد يعمل العمل قاصداً للمصلحة ، غافلاً عن امتنال الأمر فيها ، فيشبه من عملها من غير ورود أمر^(١) ، والعامل على هذا الوجه عمله عادي : فيفوت قصد التبعد^(٢) . »

وإذا ثبت أن المصلحة تعبدية - سواء كانت معقولة المعنى أم غير معقولة -
فما ابني عليها - وهو التصرفات والأعمال - تعبدية أيضاً .

وهكذا نرى أن المحققين من الأصوليين^(٣) والفقهاء ، يقيمون تصرفات المكلف - وفي المعاملات بوجه خاص - على أساس من العنصر النفسي ، وهو القصد والباعث كأساس تحقيقه في موضعه إن شاء الله ، والباعث يعتبر من صميم الحصال الخلقية .

هذا ، وإذا كانت القيم الخلقية تمثل الجانب الأساسي في الفقه الإسلامي ، وكان المزاج بينها وبين المبادئ التشريعية أمراً تقضيه طبيعة هذا الفقه وروحه باعتباره فقهاً يستند إلى عقيدة دينية ، ولذا كان طبيعياً في منطقه ، فذاً في تشريعه بالنظر لطابعه الخاص ، فانا نرى اليوم من أعظم فقهاء الغرب المعاصرين من يزعم أصالة النزعة الخلقية في القانون ، ليبرر بذلك إنشاء نظرية التعسف في استعمال الحق باعتبارها ترتكزاً أساساً على النزعة الخلقية لا سيما في معيارها الذاتي ، إذ يقول :

(١) أي ب مجرد هواء .

(٢) المواقفات ج ٤ من ٣٧٤ .

(٣) من مؤلأء الشاطبي في موافقاته وهو من المالكية ، وابن رجب الحنبلي في كتابة جامع العلوم والحكم ، وابن تيمية وابن قيم الجوزية من الحنابلة ، وهذهان الاخيران قد حلا لواء فكرة الباعث وأعمالها في التصرفات ، ودافعاً عنها دفاعاً قوياً يستند إلى روح الشريعة ومقاصدها في الفتاوى لل الاول وفي الاعلام للثاني وعلى الجملة المذهبان الحنبلي والماليكي يقومان على هذا الاصول .

« إن الحدود بين القانون والأخلاق لم توجد إلا في مخيلة بعض الفقهاء ، والدليل على ذلك ما في التعريف التي وضعوها لهذين العالمين ؛ لتوسيع الفرق بينهما ، من بعد عن الدقة ، وتصنع يوضع الحيرة التي فيها أصحابها ، والعن特 الذي يلاقونه في الفصل بين هاتين الفكرتين المتمتيتين إلى كلّ واحد ، إذ مبادىء القانون ما هي إلا مبادىء الأخلاق بالقدر الذي يصبحها فيه جزاء – وعلم الأخلاق ما هو إلا البوادة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والعادة^(١) »

فإذا كان اصل القانون قواعد الخلق ، فؤدي هذا ان غنى القانون وخصبه منوطان بدى خصوبته ذلك الاصل ، وقد رأينا ان الشريعة الاسلامية تمثل القواعد الخلقية فيها الحجر الاساسي ، ذلك ؛ لأن رسالتها و مهمتها الاساسية هي السمو بذات الانسان والعنانية بكل ااته وفضائله النفسية ، وبذلك امكن القول بأن الفقه الاسلامي عبارة عن خلق وتشريع ، ولذا وجدت نظرية التعسف فيه أرضًا خصبة ، لأنها تعتمد أساساً على هذا العنصر النفسي او الخلقي ، حتى ان بعض معاييرها المادية ترتد كفرائن دالة على هذا العنصر^(٢) ؛ لذا كانت هذه النظرية تمثل بحق النزعة الخلقية في التشريع الاسلامي .

والخلاصة ان المبادئ الخلقية كما تقييد الحق بمنع الاضرار ، تصونه وترعى المصلحة العامة ، وتقضي على التحابيل على قواعد الشريعة ، كما أنها - كنتيجة لذلك - تسهم في بناء التكافل الاجتماعي ، وتحقق مقاصد التشريع .

(١) الفقيه الفرنسي جوسران روح المفهوم ونسبتها ، نبذة من ٤٥٤ .

(٢) سياق شرح وتفصيل ذلك كله في موضعه أن شاء الله .

المبحث الثاني

مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي ووصلته بنظرية التغسف

يتنازع الفقه الاسلامي باقامة أحكامه على اساس من العدل المطلق الذي لا يتاثر بأي اعتبار منها كان ، ان في الحكم أو التشريع الاجتهدادي ، أو القضاء ، أو في المعاملات .

١ - في الحكم والسلطة :

أما في « الحكم » فلقد قامت الأدلة الصحيحة من الكتاب والسنة على وجوب النزول على مقتضيات العدل، قال تعالى : « ان الله يأمر بالعدل والاحسان وابقاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون ^(١) » « ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها ، وادا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل » .

فلا تقر الشريعة ادنى اي لون من الوان الحكم الظالم ، او صورة من صور التعسف في استعمال السلطة ، فلا يجوز ان يبعث بيزان العدل عامل الموى او العاطفة من الحب أو الكراهة ، حتى بين الاعداء ، « ولا يجر منكم شأن قوم على الا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى »

(١) انظر في الفوائد للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦١ بسطاً مفصلاً في تفسير هذه الآية .

او عامل من القرابة : « يا أهلا الدين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء ولو على انفسكم أو الوالدين أو الأقربين » .

والعدالة حق في الشرع الاسلامي يتمتع به كافة المسلمين على السواء دون تفرقة بين اوضاعهم الاجتماعية : « ان يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بها فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا ، وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خيراً ». كما يجب ان يشمل تطبيقها غير المسلمين من الامم الأخرى ؛ لأن الاسلام لا يفرق في ميزان العدل بين البشر ، وهو مستوى من المثالية لم تتحقق اليه أي من القوانين الوضعية في حاضرها وماضيها . ومن هنا كانت حمايته للمصلحة الانسانية بعامة .

فإن تختلف ذلك العدل في الحكم فلا تنجي الطاعة حينئذ ، الا ان يتربى على العصيان ضرر اعظم من الطاعة ، فعندئذ يصار الى الطاعة دفعاً للضرر الاشد^(١) . وإذا كان العدل مصلحة عامة معتبرة في الشرع ، وجب ان يناظر تصرف الحاكم او ولي الامر بهذه المصلحة اي بالعدل ، ولذا كان من المقرر في الشريعة ان « تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة » ومنها العدل ، فيجب ان يناظر به كل تصرف .

وليس هذا المبدأ نظرياً ، بل قد طبق فعلاً في عهد الخلفاء الراشدين ، وعهد خلافة بنى امية ، ولا سيما على يد أبي بكر وعمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز^(٢) . وإذا كان العدل مصلحة عامة ، بل انزلت الكتب الساوية وبعثت الرسل لتحقيقه . قال تعالى : « لقد أرسلنا رسلنا وبالبيانات ، ونزلنا معهم الكتاب والميزان ، ليقوم الناس بالقسط »^(٣) . فكل تصرف يصدر عن ولي الامر او من

(١) من المقررات الشرعية : « الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف » المادة ٢٧ من الاحكام العدلية ، الاشباه والنظائر لابن نجيم المادة الخامسة ج ١ ص ١٥٧ ، الاشباه والنظائر للسيوطى المادة الخامسة ص ١٣٨ .

(٢) راجع النظريات السياسية الاسلامية للدكتور خبياء الدين الرئيس ص ٢٥٦ .

(٣) سورة الحديد ، آية ٣٥ .

يمثله من أعوانه ، يجب أن يكون الbaudt عليه تحقيق مقصود الشرع ، وهو المصلحة العامة ، ورعايتها ، لاسيما فيما يتعلق بتصريف الشؤون الداخلية للدولة ، من التشريع الاجتهادي ، والإدارة ، والقضاء ، أو الشؤون الخارجية في علاقات الدولة مع غيرها من الدول الأخرى ، ومن هنا تدخل السياسة الشرعية .

السياسة الشرعية أساسها المصلحة والعدل

على أن الشريعة الإسلامية - في سبيل تحقيق العدل والمصلحة العامة - وضعت بيدولي الأمر سلطات تقديرية واسعة ، وعني ببحث مظاهر تلك السلطات فقهاء المسلمين ، كالماوردي^(١) وابن تيمية^(٢) وابن القيم^(٣) وغيرهم .

ونعني بالسلطات التقديرية تلك التي لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة يحددها ، بما يقتضيه تنظيم مراقب الدولة وتدير شؤونها ، ورعاية الصالح العام ، وبالمجملة من كل ما يجلب مصلحة أو يدرأ مفسدة ، على مقتضى من روح الشريعة ، ومقاصدها العامة ، ولو لم يرد بشأنها أحكام تفصيلية ، وفي هذا يقول ابن القيم في تعريف السياسة الشرعية نقلاً عن ابن عقيل : «السياسة ما كان فعلًا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد ، وإن لم يضعه الرسول ، ولا نزل به وحي»^(٤) .

فواجِب ولِي الأمر اذن تقضي المصلحة والعدل في تصرفه ، لأنها لباب الشرع وغايتها ، وفي هذا يقول ابن القيم «قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق ان مقصوده اقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأي طريق

(١) في كتابه الأحكام السلطانية .

(٢) في كتابه السياسة الشرعية .

(٣) في كتابه أعلام الموقعين ج ٢ والطرق الحكيمية .

(٤) الطرق الحكيمية ص ١٥ .

استخرج بها العدل والقسط ، فهي من الدين ، وليس مخالفة له^(١) .

السلطات المغربية: مطلقة التعسف في استعمالها :

ولما كانت سلطةولي الامر في الاسلام واسعة وتقديرية ، فهي مطلقة التعسف والانحراف بها عن الحق والعدل ، وبجفافة مقصود الشارع في استعمالها ؛ لذا اوجبت الشريعة عليه ان يصدر في تصرفه عن باعث لا ينافق مقصود الشرع ، وبات من المقررات الشرعية ان «تصرف الامام على الرعية منوط بالصلاحة»^(٢) كما ذكرنا ؛ اذا استعمال السلطة في غير مصلحة ، تشهياً ، او انتقاماً ، او لتحقيق اغراض غير مشروعة لا تتعلق ببراسة الدين وسياسة الدنيا على مقتضى من روح الشريعة وقواعدها تعسف وظلم ، وقد اورد اصحاب القواعد فروعاً للقاعدة السابقة من ذلك :

- ١ - اذا تغير في الاسرى بين الرفق والقتل والمن والفاء ، لم يكن له ذلك بالتشهي بل بالصلاحة ، حتى اذا لم يظهر وجه المصلحة يحيط به الى أن يظهر .
- ٢ - اذا أراد اسقاط بعض الجند من الديوان بسبب جاز وغير سبب لا يجوز . ويعني بالسبب غير المشروع أي بداع التشهي او المصلحة الخاصة كما هو الحال في بعض البيئات ؛ فلا يجوز ، وذلك ، لانه استعمال سلطة عامة لتحقيق اغراض خاصة ، وهذا وجه من التعسف في استعمال السلطة .
- ٣ - أمر القاضي لainفذ الا اذا وافق الشرع . وولي الامر من باب أولى .
- ٤ - ليس لولي الامر ان يزوج امرأة - أي لا ولها - بغير كفء ، وان

(١) الطرق الحكيمية ص ١٦ .

(٢) القاعدة الخامسة الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٨ ، وأبن نجيم ج ١ ص ١٥٧ والمادة ٥٨ من مجلة الاحكام العدلية ، انظر شرح مراد القرى ص ٨٨ حيث جعلت القاعدة مطلقة ، التصرف على الرعية منوطاً بالصلاحة تشتمل على الامر وثوابه من رجال الفكر والقضاء الادارة .

رضيت ؛ لات حق الكفاءة للمسلمين ، وهو كالنائب عنهم ، فلا يقدر على اسقاطه ^(١) .

أي كالو كيل عنهم ، ولا يتصرف الوكيل الا في حدود مصلحة الموكل ، وهي هنا المصلحة العامة ، لانه نائب عن الأمة ، فجميع هذه الأحكام دائرة كما رأينا على توخي المصلحة العامة لجماعة المسلمين ، وعدم اعتسافها بوسيلة السلطة ، وولي الأمر هو الذي يتولاها بتدبيره وسياسته ، بالمحافظة والرعاية ، على ضوء من روح الشرع وقواعد العامة .

مبرأ الكفاءات وصلة عمراً العمل :

لما كان ولي الأمر لا يستطيع ان ينهض وحده بأعباء الحكم ومسؤولاته ، والوفاء بواجباته ، وهي من الكثرة بحيث تلقى على عاتقه أعباء جسمية هي أمانة مستول عن ادائها امام الله والناس ، فانه مضطر الى الاستعانة ببناء الأمة في ادارة الدولة ، واسناد الوظائف اليهم ، وهنا يتquin عليه أن يحتاط في اختيار ولاته ونوابه وموظفيه ، ليسند الاعمال الى من هم جديرون بها ، قادرؤن على تصريفها بما يحقق الخير العام للناس ، ولا يجوز ان يدخل رئيس الدولة - في اختيار اعوانه - عامل الموى والغرض ، حتى لا يفسد الحكم وتهدى المصلحة العامة نتيجة اسناد أعمال الدولة لغير الكفاء ، اعتقاداً على القرابة او الصداقة ، او ما الى ذلك من العوامل الشخصية التي يؤدي التعويل عليها الى افساد الوضاع في الدولة ، واهتزاز كيانها .

ولذا يرى العلماء ان من تعين لوظيفة ، ولا يوجد من يقوم مقامه كفاءة ، فانها تلزمـه ، ولا يقبل عزلـه ولا انعزـالـه .

يقول الامام العز بن عبد السلام : واما الولايات فان تعين المتولي ، ولم يوجد من

(١) المرجع السابق ص ١٢٨ .

يقوم مقامه ، فإنها لازمة في حقه لا يقبل العزل ولا الانزال ، إلى أن يوجد من يقوم مقامه ، فينفذ العزل والانزال .

فلو عزل الإمام أو الحاكم انفسهما وليس في الوجود من يصلح لذلك ، لم ينفذ عزلهما لأنفسهما لوجوب المضي عليها » .

نهاوت السلفاء انت بمقتضى التفاصيل في المطهار :

وقد كان يرى عمر (رضي الله عنه) عدم التسوية بين الناس في العطاء والارزاق ، تقديرًا للسفاءات ؛ وتشجيعًا لقوى الانتاج ؛ وهو خصوصاً بأصحاب المواهب الممتازة^(١) .

فقد رأى أبو بكر رضي الله عنه قسمة الغنائم بالتساوي بين المهاجرين والأنصار بحججة إنهم أسلموا الله ، وأجورهم على الله ، ورأى عمر رضي الله عنه أن يكون نصيب المهاجر أكثر من نصيب الأنباري^(٢) ، وقال : أتعجل من ترك دياره وأمواله مهاجرًا إلى النبي كمن دخل في الإسلام كرها ؟ فحكم أبو بكر رضي الله عنه في خلافته برأه من المساواة ، ولما جاءت خلافة عمر ، عمل برأيه في التفاصيل بين المهاجرين والأنصار في قسمة الغنائم^(٣) .
ونسوق بعض آراء العلماء في هذا الصدد .

بقول ابن تيمية :

يجب على ولي الأمر أن يولي على كل عمل من أعمال المسلمين أصلح من يجده لذلك العمل^(٤)؛ لأنه من تأدية الأمانة في الآية التي نزلت في ولاة الأمور ..

(١) السياسة الشرعية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ١٤٩ .

(٢) الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٣٠٣ .

(٣) الأشباء والنظائر لابن تيمية ج ١ ص ١٥٨ .

(٤) السياسة الشرعية ص ١٠ لابن تيمية

« ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها ... الآية » .

ويقول النبي ﷺ « من ولی من أمر المسلمين شيئاً ، فولی رجلاً وهو يجد من هو اصلح للMuslimين منه ، فقد خان الله ورسوله »^(١) .

« وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : من ولی من أمر المسلمين شيئاً فولی رجلاً ملودةً أو قرابةً بينها ، فقد خان الله ورسوله والMuslimين »^(٢) .

وقد بين ابن تيمية طائفة من البواعث غير المشروعة التي تشكل تعسفاً في استعمال السلطة ، بقوله :

فإن عدل - أي ولی الأمر - عن الحق الاصلح إلى غيره؛ لأجل قرابة بينها، أو ولاء عتاقه، أو صدقة، أو موافقة في بلد، أو مذهب، أو طريقة أو جنس، كالعربية والفارسية والتركية ... أو الرشوة يأخذها منه من مال أو منفعة، أو غير ذلك من الأسباب، أو لضفن في قلبه على الحق، أو عداوة بينها، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين، ودخل فيها نهى عنه في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وانت تعلمون ». « فان الرجل لحبه لولده أو لعتيقه قد يؤثره في بعض الولايات ، او يعطيه مالا يستحقه ، فيكون قد خان أمانته »^(٣) .

اسمهاء النور :

ومن صور التعسف في استعمال السلطة استغلال الوظيفة ، اي اتخاذها ذريعة لاستجلاب النفع ، وجر المغانم ، وجمع الاموال من غير حل بسلطان الولاية^(٤) .

(١) رواه الحاكم في صحيحه ، المرجع السابق ص ١٠ .

(٢) المرجع السابق ص ١٠ .

(٣) السياسة الشرعية ص ١٠ لابن تيمية .

(٤) ابن حنبل ص ٢٨٩ لابي زهرة ، الاعتراض للشاطبي ج ٢ ص ١٢٣ .

ولقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يشاطر الولاية الذين يتهمهم في أمر المم، عملاً بالصلاحية المرسلة؛ لانه رأى في ذلك صلاح الولاية^(١).

وحادثة ابن التبيّه التي رویت في الصحيحين عن أبي حميد الساعدي (رضي الله عنه) قال : استعمل النبي (ص) رجلاً من الأزد يقال له ابن التبيّه على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم ، وهذا أهدى إليّ ، فقال النبي (ص) مباباً الرجل نستعمله على العمل بما ولانا الله ، فيقول هذا لكم ، وهذا أهدى إليّ ؟ فهل جلس في بيت أبيه أو بيت أمها ، فينظر أهداه إلى أم لا ؟ والذي تفسي بيده ...^(٢) الغ .

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « هدايا الأماء غلوٰل »^(٣) .

نصل وللي الامر لتفريق العمل والمصلحة :

على أن « المصلحة العامة » التي هي قطب الرحمي لاحكام السياسة الشرعية، قد تقتصي ولي الامر التدخل في شؤون الأفراد في كل ظرف يغلب على الظن فوافتها بعدم التدخل ، كـ في الاحتكار ، والتسعيـر الجـريـي ، وتوظيف الأموال على الاغـنيـاء لدفع خـطـر طـارـيـ على الـبـلـاد ، أو ما أـشـبـهـ ذـلـك ، سـوـاءـ أـكـانـ التـدـخـلـ فيـ أـصـلـ حـقـ الـمـلـكـيـةـ ، كـ فيـ منـعـ الـاـحـتـكـارـ ، وـالـتـسـعـيـرـ الجـرـيـيـ ، إـهـ فيـ منـعـ الـمـبـاجـ اـذـاـ اـفـضـىـ اـسـتـعـالـهـ إـلـىـ ضـرـرـ عـامـ .

وعلى هذا فدرء التعسف في استعمال السلطة يعتمد على أمرتين :

الأول : طهارة الباعث وشرف النية : حتى لا ينافي قصد ذي السلطة في استعمالها قصد الشرع في منحه إياها ، وذلك بـان ينبعـثـ المـوـىـ اوـ المـصـلـحةـ الخـاصـةـ فيـ تـصـرـفـهـ عـلـىـ الرـعـيـةـ .

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٠ وما بعدها .

(٢) الطرق الحكيمية ص ٢٨٩ .

(٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٤٣ .

اما الثاني : فهو النظر الى مآل التصرف الصادر من ولاة امور في استعمالهم سلطاتهم ، او الصادر من الناس فيها يستعملون من حقوق أو اباحات ، بقطع النظر عن ال باعث أو القصد .

ومن هنا جاز لولي الأمر أن يقيد استعمال الحق بالقدر الذي يصون به المصلحة العامة ، فله ان يتدخل في شئون الأفراد لهذا الغرض العام ، ومن أمثلة ذلك :

١ - يجوز لولي الامر منع المباح ، اذا توقع افضاءه الى مفسدة عامة ، فقد منع عمر بن الخطاب رضي الله عنه التزوج بالكتابيات ^(١) في بعض الظروف ، رعاية للمصلحة العامة ، فبعث الى حذيفة بن اليمان الذي كان واليًا على المدائن في بلاد العجم برسالة يقول فيها : « بلغني انك تزوجت امرأة من أهل الكتاب ، وذلك مالاً أرضاه لك ، فطلاقها ولا تبقها في عصمتك ... فكتب اليه حذيفة : أحلال هذا الزواج ألم حرام ؟ ... فكتب اليه عمر : هذا الزواج حلال ! ولكن في نساء الاعاجم خلابه وخداعها ، واني لأخشى عليكم منه ^(٢) ، وفي رواية الجصاص ^(٣) تعليل آخر للمنع ؛ اذ يقول عمر في الاجابة « لا » ، ولكني أخالف أن تواقعوا المؤسسات منهم » .

فسواء كانت علة المنع الاضفاء الى الفتنة بين المسلمين ، بانصراف الرجال المسلمين عنهن الى التزوج بغيرهن من نساء الاعاجم ، ام كانت المفسدة مظنة مواقعة المؤسسات ، فان الذي يعنينا هو أن هذا المباح قد منع بالنظر الى هذا المال ، وهو - كما ترى - مفسدة عامة ، وولي الأمر ملزم بحمل الناس على الصلاح ، باتخاذ كل وسيلة لات冲دم روح الشريعة ، أو تناقض مقاصدها ، ولو بتحريم المباح .

(١) تاريخ الطبرى ج ٦ ص ١٤٧ ، فتح القدير ج ٣ ص ١٣٥ .

(٢) تاريخ الطبرى ج ٦ ص ١٤٧ .

(٣) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٩٧ ، تعليل الاحكام للشيخ مصطفى

شلبي ص ٤٥ .

٢ - وأيضاً فان عمر - رضي الله عنه - قد حجر على أعلام المهاجرين أن يغروا من المدينة إلا بأذن ، وإلى أجل ، وذلك حرصاً منه على أن يظلوها على أوضاع الإسلام الأولى ، فلا يفتوا في دينهم إذا نظروا إلى زخرف الدنيا خارج المدينة .

وهذا تقييد للحرية العامة في التنقل^(١) .

٣ - «أكل اللحوم المشروعة مباح في كل وقت ، لكن عمر (رض) قيده ببعض الأيام دون بعض ، فمنع الناس من أكل اللحوم يومين متتالين ، حتى يكون هناك مجال لتناوله بين الناس^(٢) .

وهذا كله نظر إلى مآل التصرفات ، ولو كانت في ذاتها مباحة ، ووجه المنافضة لقصد الشرع ، أن المباح لم يشرعه الشارع ليفضي إلى مفسدة عامة ، حتى إذا كان مآل هذه المفسدة راجحة في بعض الظروف ، منع ، لأن خابط المشروعات : أن كل ماغلبت فيه المفسدة على المصلحة كان غير مشروع ، وعلى ولی الأمر درء هذه المفاسد مراعاة للصالح العام ، بمنع اسبابها ، ولو كانت في الأصل مشروعة .

ويقول الاستاذ مصطفى الزرقاوي في هذا الصدد :

« ان الفقهاء قد اعتبروا أوامر السلطان - ولی الأمر - مرعية نافذة شرعاً - ولو كانت تتضمن تقييداً مطلقاً - أو منع جائز في الأصل ، أو ترجيح رأي فقهي مرجوح ، مادامت تستند إلى مصلحة يرجع إلى ولی الأمر تقديرها ، بحسب قاعدة المصالح المرسلة^(٣) .

(١) الإباحة عند الاصوليين والفقهاء ، للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٢١٥
نقل عن مذكرة لطلاب الشريعة بكلية الحقوق جامعة القاهرة للأستاذ الشيخ محمد فرج السنورى .

(٢) عمر بن الخطاب لأبي الفرج بن الحوزي ص ٦٨ .

(٣) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، العقود المساهة في الفقه الإسلامي - عقد البيع - ج : هامش ص ٢٣ .

التدخل في أصل حق الملكية تحقيقاً لمبدأ العمل ودرءاً للتعسف

إذا كان تضيي المصلحة العامة وتحقيقها أولى رعايتها - وهو مقصد الشرع من منحولي الامر سلطة التصرف على الرعية - يقتضي التدخل في الحريات العامة او الاباحات ، كما رأينا ، فيمنعها بالنظر الى ما يؤدى اليه ذلك الاستعمال من مفسدة راجحة ، فان ذلك يقتضي ايضاً التدخل في أصل حق الملكية ، تحقيقاً للخير المشترك ، من ذلك :

١ - أن لو لي الامر ان يحمل من يحمل أرضاً على زراعتها اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، وهو اذا يتدخل في هذا ، فلأجل مصلحة الفقير ، لأن له حقاً معلوماً في الزرع فضلاً عن المصلحة العامة للبلاد في تمية الثروة الوطنية ، فاداً تقاعس فلو لي الامر أن يؤجرها لغيره يعمل فيها بأجر المثل .

ولا شك ان مصلحة الفقير ، ومصلحة تمية ثروة البلاد اذا كانت مقدراتها محدودة ، مصلحة حقيقة ومؤكدة وعامة توجب مراعاتها بالتدخل اذا كان عدمه يؤدي الى فواتها . ثم ألا يعتبر اهمال زراعة الارض وتشميرها من إضاعة المال ، وهو منهى عنه بالنص .

٢ - في الاحتكار - كذلك لو لي الامر ان يتدخل لمنع الاحتكار . يقول صاحب الاختيار^(١) « وادا رفع الى القاضي حال المحتكر يأمره ببيع ما يفضل عن قوته وعياله ، فإذا امتنع باع عليه » . وقيل : اذا رفع اليه اول مرة نهاء عن الاحتكار ، فان رفع اليه ثانياً جسنه وعزره بما يرى زجراً له ، ودفعاً للضرر عن الناس ». واحتكار الاقوات كاحتياط الصناع ومنافعهم ، فيجبون على العمل بأجر المثل اذا اقتضت ذلك

(١) الاختيار ج ٤ ص ٢٢٦ و ٢٢٧ ، الطرق الحكيمية لابن فيم الجوزية

ص ٢٨٤

مصلحة الامة^(١) ، او مصلحة اهل المدينة .

٣ - في التسعير الجبري^(٢) : وجاء في الاختيار « ولا ينبغي للسلطان ان يسرع على الناس الا ان يتعدى ارباب الطعام تعديا فاحشا في القيمة ، فلا بأس بذلك بشورة اهل الخبرة ، لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع^(٣) » ويرتكز هذا التدخل على قاعدة . مالا يتم الواجب الا به فهو واجب .

النونيف على الاغنياء مانعنه كفالة المصلحة العامة :

ولوى الامر العادل ان يوظف على الاغنياء ما يراه كافيا لتكثير الجندة وسد الثغور ، وحماية الملك المتسع الاقطرار – اذا خلا بيت المال من الاموال ويقول صاحب الاعتصام : « وجه المصلحة هنا ظاهر ، فانه لو لم يفعل الامام ذلك النظام بطلت شوكة الامام ، وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار^(٤) » ويشير الإمام الشاطبي الى القاعدة المقررة في الشرع ، والتي تحكم التدخل ، اذ يقول : « فاذا عورض هذاضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم ، اي بالاغنياء ، بأخذ البعض من اموالهم ، فلا ينتاري في ترجيح الثاني عن الاول – وهو بما يعلم من مقصد الشرع قبل النظر في الشواهد^(٥) » .

وهذه هي قاعدة : « الضرر الاشد يزال بالاخف^(٦) » او قاعدة « يختار اهون الشرى^(٧) » الواقع ان هاتين القاعدتين يجري تحكيمها في معظم مسائل التعسف

(١) المرجع السابق ص ٢٨٩ .

(٢) الاختيار ج ٤ ص ٢٢٧ ، الطرق الحكيمية ص ٢٨٥ .

(٣) الاختيار ج ٤ ص ٢٢٧ .

(٤) الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٢١ و ١٢٢ .

(٥) المرجع السابق ج ٤ ص ١٢٢ .

(٦) المادة ٢٧ من مجلة الاحكام العدلية .

(٧) المادة ٢٩ من المجلة السابقة .

في استعمال الحق ، ويشملان المعيار المادي للنظرية الذي يعتمد على الموازنة بين ما يلحق صاحب الحق من تقييد واستعماله لحقه من ضرر ، وما يتربّط على اطلاقه من ضرر لآخر بالغير .

والملاصقة :

ان الشريعة الإسلامية قيدت استعمال السلطة العامة بقيود تمنع التعسف في استعمالها بنصوص تفصيلية ذكرت آنفًا ، وبقواعد حكمة ، وبذلك يتضح أن نظرية التعسف منبسطة الظل على الحقوق الخاصة والحقوق العامة على السواء ، تقييد الفرد - حاكماً أم حكوماً - في استعمال حقه تحقيقاً للمصلحة والعدل .

المبحث الثالث

مُؤيدات مبدأ العدل والمصلحة من مصادر التشريع التي لانصر فيها

٢ - في الميراث الدومنيادي :

قلنا ان مبدأ العدالة في جوهره يرد قيادا على استعمال الحق في السلطة العامة (التنفيذية) والقضاء ، وقد أقمنا الأدلة من قبل على وروده قيادا على استعمال الحقوق الفردية في المعاملات ، فرأينا الشريعة تندب الفرد الى تجاوز العدل في الاقتناء الى الاحسان والفضل ، أي عدم التزيد في استعمال الحقوق واقتضائها ، والى الزيادة في قضاها ووفاها .

أما في ميدان الاجتئاد التشريعي، فإن الأصولين – التفاصيل منهم إلى العدل والمصلحة – أتوا بنظريات في أصول الفقه، أو معايير تستند في أساسها إلى روح الشريعة وقواعدها العامة، ومقاصدها الأساسية، واعتمدوها أصولاً لاستنباط الأحكام، ذلك؟ لأنهم ادرّوا بثاقب نظرهم وما أتوا من ملامة فقهية، إن الجري وراء ظواهر النصوص، أو العمل يقتضي القياس يؤدي – في بعض الواقع – إلى ما يناقش مقصد الشارع، وهذا هو التعسف في التشريع^(١)، لأن الحكم في الظاهر يستند إلى ظاهر من نص، أو إلى قاعدة عامة، ولكنه في الوقت نفسه يناقش روح الشريعة ومقاصدها، وسألي بأمثلة على ذلك.

وخلالصة: أنهم في اعتقادهم على هذه الأصول التي لأنص فيها، كلاً لاستحسان الذي سنته المصلحة أو الضرورة عند الخنفية، ومبدأ الذرائع الذي توسع فيه الملائكة، استوحو روح الشريعة.

وتجدير بالذكر أن الحكم الشرعي لا يكتفي فيه أن يكون موافقاً لظواهر النصوص أو يقتضي القياس أو القاعدة العامة، بل لا بد أن يكون موافقاً لمقصد الشرع، وهذا الأصل يوجب على المجتهد النظر في مآل العمل بالحكم، بحيث إذا أفضى إلى مفسدة راجحة منع العمل به، وكذلك إذا كان الحكم بالمنع يؤدي إلى مثل تلك المفسدة أبيح، لأن مآلات الأفعال، معتبرة مقصودة شرعاً بدليل اعتبار الشارع للسببيات عند تشريع الأسباب لها^(٢). وكل هذا في الأحكام الظنية.

وهكذا نرى الأصولين قد أتوا بمؤيدات لمبدأ العدل – وهي بعينها مؤيدات لنظرية التعسف – لأنها تقوم على مقتضيات العدالة، كمبدأ الذرائع، الذي يعتبر توثيقاً لمبدأ المصلحة والعدل، والاستحسان الذي أخذ به الخنفية تحرياً للمصلحة

(١) أقصد بالتشريع هنا الاجتئاد التشريعي الذي يقوم به المجتهدون ولا فسخه التشريع الله وحده «أن الحكم إلا لله».

(٢) الموافقات ج ٤ ص ١٩٨ وما بعدها.

والعدل ، ولو اقتضى ذلك استثناء بعض الواقع من حكم نظائرها لاقتضى أقوى في الاعتبار^(١) .

ويقول ابن رشد في هذا : « ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل^(٢) » .

ولا ريب أن الاتجاه إلى المصلحة والعدل اتجاه إلى روح الشريعة ، بل إلى الغرض الأساسي الذي انزلت من أجله الشرائع^(٣) ، قال تعالى : « لقد أرسلنا رسالنا بالبيانات وانزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط » .
الحاديـد / آية / ٢٥ .

ويقول السرخسي في تعريف الاستحسان : « الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس » وقيل : « الاستحسان طلب السهلة في الأحكام فيما يبتلي فيه الخاص والعام ، وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة ، وقيل الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة ، وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين ، قال الله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر^(٤) » .

فالسرخسي يبين أن أصل مشروعية الاستحسان للتيسير ، ومنع غلوّ القياس.

ويقرب من هذا المعنى ما يقوله ابن رشد في الاستحسان :

« الاستحسان الذي يكثر استعماله ، حتى يكون أعم من القياس ، هو أن يكون طرحاً للقياس يؤدي إلى غلو في الحكم وبمبالغة فيه ، فعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع » .

(١) بداية المبتدئ لابن رشد ج ٢ ص ١٥٤ .

(٢) بداية المبتدئ ج ٢ ص ١٥٤ .

(٣) راجع كتاب « أبو حنيفة » للشيخ أبي زهرة حيث يقول « الاستحسان هو ما يسمى في عرفنا الحاضر الاتجاه وإلى روح القانون ص ٥٤ « السياسة الشرعية للشيخ عبد الرحمن ناج ص ١٢٩ .

(٤) المبسوط ج ١٠ ص ١٤٥ .

فكان نظرية الاستحسان كأصل من أصول التشريع يعتمد بها في استخراج الأحكام مؤيداً للدرء التعسفي في الاجتهاد ، فيما إذا كان أطراً القواعد والأقيمة يفضي إلى مناقضة قصد الشرع .

يقول الإمام العز بن عبد السلام : وقد قدمنا نظائر كثيرة لما خالف القواعد والأقيمة ، لما فيه من جلب المصالح العامة ^(١) والخاصة ، وهو مقصود الشارع بلا ريب . »

الرّيّسان خبر الحقيقة والمالكيّة :

والاستحسان أخذ به الاجتہاد المالکی ايضاً، وتوسع فيه أكثر من الحنفية علاجاً لغلو^(٢) القياس - والغلو في بعض صوره تعسف - كما في انتفاع المالك بملكه على وجه يضره بمحاره خرراً فاحشاً بيناً ، فان مقتضى القياس ان « المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه^(٣) » ولكن متاخرى الحنفية عدلوا عن مقتضى القياس هذا الى الاستحسان الذي سنه المصلحة ، فقد جاء في الزيلعى: « والقياس

(١) القواعد للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦٨ .

(٢) بداية المجندة ج ٢ ص ١٥٤

(٣) الميسوط للمرخسي ج ١٥ ص ٢١ . حيث يقول : اذا أصاب احدهما أحد الشريكين - ساحة في القسمة ، فأراد أن يبني فيها أو يرفع بناء ، وأراد الآخر منعه وقال : إنك تسد علي الريح والشمس ، فله أن يرفع بناء مابدا له ، لأن الساحة ملكه ، والساحة حق خالص له ، وللإنسان أن يتصرف في ملك نفسه ما يبدو له ، وليس للجبار أن يمنعه من ذلك ، قوله أن يتصرف فيها حاماً أو توراً لانه يتصرف في خالص ملكه ..
 « والحاصل ان من يتصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم ، وان كان يؤدي الى الخلق الضرر بالغير ... »

ولكن بالنظر الى ما يفضي اليه العمل بقتضى القياس من لزوم اضرار فاحشة بالغير عدل عنه الى الاستحسان، ومنعوا المالك من التصرف بذلك على هذا النحو لما يفضي اليه القياس من الفلو واعتراض المصلحة ، وظاهر أن سند الاستحسان هو مجرد المصلحة كما يقول الزيلعي ، راجع تبین الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ .

انه يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه كيف شاء، ولو تضرر من ذلك جاره ضرراً بينما ، ولكن « ترك ذلك استحساناً لاجل المصلحة »^(١) .

فالاستحسان اذن طريق للداء التعسف في الاجتياز الذي يفضي اليه طرد الاقيسة والقواعد^(٢) .

وإذا كان توخي المعتبر المصلحة يدرأ التعسف في استعمال حق الاجتياز، ولو عن طريق الاستثناء من مقتضى القواعد والاقيسة ، فتوخيها عن طريق المصلحة المرسلة أو سد الذريعة ، وهم اصلاح يعتمد بها في استخراج الاحكام عند المالكية بخاصة ، أولى ، لأن فيها اعتقاد المصلحة دون استثناء من النصوص والقواعد .

ومثال حكم الاستحسان : استعمال الحق الذي يلزم عنه اضرار بغير ولو لم تكن مقصودة ، لا يبعد هذا الاستعمال ان يكون ذريعة إلى ذلك ، فتسد هذه الذريعة بنع صاحب الحق من استعماله لحقه على هذا النحو توثيقاً لمبدأ المصلحة ، لأن الحقوق لم تشرع لتكون ذرائع لهذا الغرض ، فالمماضية لقصد الشارع في هذا الاستعمال ظاهرة ، ولو كان الاستعمال في ظاهره يستند إلى حق . ولا شك ان المصلحة هي من أظهر مقاصد الشرع ، فاستثنى هذا الحكم من القياس ، وهو أن الناس مسلطون على اموالهم ، وكذلك اهمال المصلحة المرسلة التي لم يشهد لها الشارع بالاعتبار او الالغاء يعتبر اعتسافاً .

وفي هذا يقول الإمام العز بن عبد السلام : ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد او عرفان ، بأن هذه المصلحة لا يجوز اهمالها ، وأن هذه المفسدة لا يجوز بقربانها ، وان لم يكن فيها اجماع ولا نص ولا قياس خاص ، فإنَّ فهم نفس الشرع يوجب ذلك^(٣) .

(١) تبيان الحقائق ج ٤ ص ١٩٦

(٢) وقد نسبوا الى أبي يوسف في غير ظاهر الرواية « ان الجيران اذا تآدوا من دخان الحمام فلهم منه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم ، المرجع السابق » .

(٣) القواعد ج ٢ ص ١٦٠ .

ببرأ العدل يقتضي النظر في مآلات الافعال :

على أن مبدأ العدل يقتضي النظر في مآلات الافعال، يقول الامام الشاطبي « حتى الممنوعات في الشرع اذا وقعت فلا يكون ايقاعها من المكلف سبباً في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها كالغصب مثلاً اذا وقع فان المغصوب منه لابد ان يوفى حقه ، لكن على وجه لا يؤدي الى اضرار الغاصب فوق ما يليق به في العدل والانتصاف ^(١) » .

وهذا النظر متفرع عن أصل هام في الشريعة هو النظر في مآلات الافعال كأصل يؤيد نظرية التعسف في التشريع ، أي يلزم المجتهد اعتبار المآلات ، كما اعتبر الشارع مسببات الاسباب .

يقول الامام الشاطبي : « النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً - كانت الافعال موافقة - أي مأذون بها ^(٢) أو مخالفة - أي منها عنها - وذلك ان المجتهد لا يحكم على فعل من الافعال الصادرة عن المكلفين بالاقدام او بالاحجام الا بعد نظره الى ما يؤول اليه ذلك الفعل ، فقد يكون مشروع امراً مصلحة فيه تستجلب ، او لفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه ، وقد يكون غير مشروع لفسدة تنشأ عنه او مصلحة تتدفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك ، فإذا اطلق القول في الاول بالمشروعية ، فربما ادى استجلاب المصلحة - او درء المفسدة فيه - الى مفسدة تساوي المصلحة او تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من اطلاق القول بالمشروعية ، وكذلك اذا اطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ، ربما ادى استدفاع المفسدة الى مفسدة تساوي او تزيد ، فلا يصح اطلاق القول

(١) الموافقات ج ٢ ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) وهنا يتصور التعسف في الفعل المأذون فيه في الاصل اذا ادى الى مفسدة راجحة مالا .

بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب^(١). ثم بنى الإمام الشاطبي على هذا الأصل قواعد منها :

أولاً - قاعدة سد الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه، لأن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة، ثم ضرب لذلك مثلاً بيع العينة توصلًا إلى تحقيق الربا.

ثانياً - قاعدة الحيل :^(٢)

ثالثاً - قاعدة الاستحسان :

وقد تقدم القول فيها ، وبيان وجه اتصالها ببدأ العدل ، الذي يعتبر مؤيداً لنظرية التعسف .

أصل النظر في مآلات الأفعال وصلة ببدأ العدل :

الواقع أن الأصوليين والفقهاء قد اعتمدوا أصل النظر في مآلات الأفعال ونتائجها ، فإذا كانت الفعل - مأموراً به أو مأذوناً فيه^(٣) - يستلزم مفسدة

(١) راجع الأدلة التي استند إليها الإمام الشاطبي في تقرير هذا الأصل العظيم الذي يجعل الشريعة الإسلامية ذات قوة على مواجهة كل تطور ، المواقفات ج ٤ ، ص ١٩٧ .

(٢) فان حقيقتها تقديم مثل ظاهر الجواز؛ لابطال حكم شرعى، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فما العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع. كابطال الزكاة وهدمها بالكلية عن طريق الهبة، اي كالواهب ما له قرب نهاية الحصول بهبة صورية فرارا من الزكاة، فان اصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان من نوعاً، فان كل واحد منها ظاهر أمره في المصلحة او المفسدة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من اداء الزكاة، وهو مفسدة ، ولكن هذا بشرط القصد الى ابطال الاحكام الشرعية .

المواقفات ج ٢ ص ٢٠١ .

(٣) الفعل المأذون فيه هنا اعم من ان يكون مباحا او مندوبا اليه .

مساوية للمصلحة التي من أجلها شرع الفعل ، أو راجحة على تلك المصلحة ، فهل يبقى الفعل مع هذا المال مشروعًا .

مکم الفعل الذي له مأموره متعارضان :

فالفعل كما نرى له مالان متعارضان :

المآل الأول : هو المصلحة التي شرع من أجلها الفعل فكان مأموراً به أو مأذوناً فيه لذلك .

المآل الثاني : هو المفسدة التي تلزم عن ذلك الفعل في العادة ، وهي مساوية لتلك المصلحة أو راجحة عليها ، فهل يبقى الفعل على أصل المشروعية بقطع النظر عن هذا المآل ، أو يصبح غير مشروع بالنظر الى هذه المفسدة اللاحضة عنه عادة .

ذهب الأصوليون بالاجماع الى أن هذا الفعل يصبح غير مشروع بالنظر الى هذا المآل .

جاء في مسلم الثبوت في هذه المسألة ما نصه : « هل تنخرم مناسبة الوصف للحكم بفسدة تلزم ذلك الوصف ، راجحة أو مساوية لها ؟ قيل لا تنخرم ، واختاره الرازي صاحب المحصل من الشافعية ، وهو اختيار ، وقيل نعم تنخرم ، واختاره ابن الحاچب ^(١) . »

« لذا : استحالة الانقلاب من كونه مناسباً الى ما ليس مناسباً ، وعدم التضاد بين افضائه الى مصلحة ، وإفضائه الى مفسدة ، لتعدد الجهة في المفروض . فلا استحالة في الاجتماع ^(٢) . »

نم تعرّض بعد ذلك للخلاف ومناقشة الأدلة فيقول : « وأعلم ان الكلام هنا في مقامين :

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٦٤ الطبعة الاولى بيولاق سنة ١٣٢٢ هـ

(٢) المرجع السابق .

الاول : أن المفسدة تبطل المناسبة وتعدمها ، وبه قال قائلوا الانحرام ، وهذا خررري البطلان ، إذ المفروض كونه مناسباً مشتملاً على مصلحة ، ومع هذا مشتمل على مفسدة ، والواقع لا يبطل .

والثاني : أن المفسدة توجب عدم اعتبار الشارع المناسبة معها ، وهو مختار صاحب المحصل وجمهور الشافعية – واستدلوا : بأن اعتبار مصلحة مع لزوم مفسدة أبعد من الحكيم كل البعد ، وما ذكره المصنف لا يبطل هذا ، بل الوافي به ، أن مقتضى حكمه الحكيم أن لا يبدل ما هو الواقع ، والواقع هنا ، مصلحة ومفسدة ، فلما حكم أن يوفي حقها ، إذ المانع الذي يتخيّل هو التضاد ، وهو غير مانع ، لاختلاف الجهة ، ومن هنا ، أي من أجل جواز اجتاعها من جهتين ، صح النذر بصوم يوم العيد عند الخنزير ، فإنه من جهة كونه صوماً منسوباً لله تعالى ، كسرأ للشهوة فيه ، مصلحة ، فأثر في النذر ، فوجب به ، ومن جهة كونه اعراضاً عن ضيافة الله تعالى فيه مفسدة ، وهو حرام وقد مر .

وأما عدم اعتبار المصلحة المرجوحة من المفسدة الالزمة للوجف بالاتفاق فلشدة الاهتمام برعاية المصالح دونها ، أو ليس من شأن الحكيم اهدار خير كثير لشيء قليل .

واستدل على المختار بأن مصلحة الصلاة في الأرض المغصوبة ليست راجحة على مفسدتها والأجمع على الحل ، وإذا لم تكن المصلحة راجحة ، فاما مرجوحة او مساوية ، وقد اعتبرت ، حتى جازت تلك الصلاة ، والجواب : ليس المفسدة لازمة لها ، بل هنا وصفان الصلاة والغصب ، وال الاول فيه مصلحة لا غير ، والثاني فيه مفسدة لا غير ، واجتاعها اتفاقياً أي لزوماً عادياً لا عقلياً ، فليس من الباب وأيضاً يجوز رجحان المصلحة ولا يلزم منه الاجماع على الحل ، بل يجوز عدم اكتشاف المصلحة ، ولا مصلحة مع معارضته مفسدة مثلها أو راجحة ضرورة فلزم الانحرام . أقول بطلان الحقيقة ، أي حقيقة المصلحة من نوع ، كيف وقد فرض

تحققها ، وبطلاً اعتبار الشارع إياها أيضاً من نوع ، بل يجوز اعتبار الشارع الجهةين كما مر ، ولو سلم بطلاً اعتبار لا يدل على انتفاء المقتضى حتى لا يبقى المناسب مناسباً، بل يجوز أن يكون هو مناسباً، وتختلف الاعتبار لامانع المفسدة^(١) .

هذا النص الذي ابتناه يتضمن خطة تشريعية يتبعن على المجهد التزامها ،

لأنها تتضمن معيارين هامين في التشريع الاجتهدى ، وهما مجمع عليهما :

الأول: إن الوصف المناسب للحكم أي العلة أو المصلحة، إذا كان شرع الحكم عندها يوجب مفسدة نادرة أو مرجوحة لا تبطل مناسبة الوصف بلزموم هذه المفسدة ، ومن ثم يصبح التعليل بها ، لأنه لا عبرة بالمرجوح مع وجود الراجح.

الثاني : إن الوصف المناسب للحكم (المصلحة أو العلة) إذا كان شرع الحكم عندها يوجب مفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة ، فان الحكم لا يشرع ، لأن المفسدة اذا كانت مساوية للمصلحة ، فلا يصح أن يبقى الوصف مناسباً ، وإلا لازم ترجيح أحد المتساوين بلا مرجع ، أو يقدم درءاً لمفسدة لأن اهتمام الشارع بالمنهيات أكثر من اهتمامه بالمؤمرات ، وأصبح من المقررات الشرعية ان « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » ودليل ذلك قول النبي ﷺ : « اذا أمرتكم بأمر فأنوا منه ما استطعتم ، و اذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه^(٢) » حيث علق امثال الأمر بالاستطاعة ، وسد باب النهي كله فلم يجزه أبداً إلا عند الضرورة .

وأما اذا كانت المفسدة راجحة ، فان المقرر عقلاً وشرعأً أنه لا عبرة للمرجوح مع وجود الراجح ، وعلى هذا فلا يشرع الحكم عند وجود المفسدة الراجحة .

(١) المرجع السابق ، وراجع نهاية السول ج ٤ ص ١٠٣ وما بعدها ، الأحكام في اصول الأحكام ج ٣ ص ٣٩٦ ، ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢١٨ ، العضد على ابن الحاجب ج ٢ ص ٣٤٠ .

(٢) راجع الاشباه والنظائر لابن تيمية ص ١٢٠ وما بعدها : « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً » ، وقد اخذت مجلة الاحكام العدلية الفاعدة فنصت عليها في المادة / ٣٠ منها .

و هذه القضية قدر متفق عليه بين الاصولين والفقهاء ، و مؤداها أن تشرع الحکم - بالاذن أو المنع - منوط بغلبة المصلحة على المفسدة أو العكس ، وذلك لأنه ثبت بالاستقراء ، أنه لا توجد مصلحة لا تشتمل على مفسدة ، كما لا توجد مفسدة لا تنطوي على مصلحة « و نبلوك بالخير والشر فتنة » . يقول الامام الشاطئي^(١) : « ليس في الدنيا حفظ مصلحة ، ولا حفظ مفسدة ، والمقصود للشارع ما غالب منها » .

ولعل آية تحريم الحمر تعتبر أصلاً في هذا الباب « ويسألونك عن الحمر والمسير ، قل فيها إثم كبير ومنافع للناس ، وإثيمها أكبر من نفعها » فالتحريم وإن لم يكن بلفظ صريح ، إلا أن الخير بسر التشرع يدرك ذلك بغلبة الإثم - المفسدة - على النفع .

و من تتبع ضوابط المشروعات في الشريعة الاسلامية وجد أن الحکم بالاذن في الأفعال يدور مع غلبة المصلحة على ما تشتمل عليه من مفسدة ، كالشهادة مثلاً ، إذ اعتبرها الشارع من البيانات على ثبوت الحق - في حين أنها تحتمل الوهم والغلط والكذب نادراً ، غير أن الغالب هو الصدق ، فأدبر الحکم عليه ، ولم تعتبر الندرة .

وفي هذا يقول الامام الشاطئي في صدد استعمال الحق اذا كان أداؤه إلى المفسدة نادراً - « فهو على أصله من الاذن ، لأن المصلحة اذا كانت غالبة ، فلا اعتبار بالندور في انحرافها - إذ لا توجد في العادة مصلحة عريضة عن المفسدة جملة ، ولم يعتبر ندوء المفسدة ، إجراء للشروعات مجرى العاديات في الوجود »^(٢) .

ثم يأتي بالدليل على ذلك فيقول « والدليل على ذلك ان ضوابط المشروعات هكذا وجدناها ، كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج ، مع امكان الكذب والوهم والغلط ، وأباحة الفطر في المسافة المحددة ، مع امكان عدم

(١) الموافقات ج ٢ ص ٢٧ .

(٢) المرجع السابق .

المشقة ، كالملك المترف ، ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة ، وكذلك أعمال خبر الواحد والاقيضة الجزئية في التكاليف ، مع إمكانات اخلاقها والخطأ فيها من وجوه ، ولكن ذلك نادر ، فلم يعتبر ، واعتبرت المصلحة الغالية (١) .

وبهذا يصبح أصلاً مقرراً في الدين ثابتاً بالاستقراء ، إن الضابط في المشروعات أو الممنوعات هو الموازنة ، والعبرة بما غالب حسب الأحوال ، سواء كانت المصلحة في ذاتها تشتمل على مفسدة أو العكس ، أم كانت المصلحة قد شرع الحكم لها ، ولكنها تستلزم مفسدة بجاورة مساوية أو راجحة ، فالضابط الموازنة في الشرع كما قلنا .

وإذا كان هذا القدر متفقاً عليه بين الأصوليين والفقهاء فما مدار الخلاف إذن وما تغزّه ؟

مدار الخلاف على بطلانه مناسبة الوصف للحكم :

فهل اعتبار المصلحة المرجوحة لاقية لها ، وكأنها غير موجودة يعدّها في ذاتها ، وبذلك تبطل مناسبة الوصف للحكم لعدم اشتغاله على مصلحة ، أو أن عدم اعتبار المصلحة لمرجوحتها لا ي عدم حقيقتها ، وبالتالي لا يبطل مناسبتها للحكم .

قال بالأول ابن الحاجب ، ووجهه في ذلك أن ترجم المفسدة على المصلحة يجعل المصلحة لاقية لها ، فكأنها غير موجودة ، وبذلك لا يكون الوصف مناسباً لعدم اشتغاله على المصلحة ، وكذلك إذا كانت المفسدة مساوية ، فلا يصح أن يكون الوصف مناسباً ، والا لزم ترجيح أحد المتساوين على الآخر بدون مرجع ، وهو باطل .

(١) الموافقات ج ٤ ص ٣٥٨ و ٣٥٩ .

وذهب الى الثاني الامام الرazi وجماعة منهم البيضاوي :
ووجههم في ذلك : ان المفسدة لا تبطل المناسبة ، سواء كانت متساوية
أو راجحة ، والوصف يسمى مناسبا . ولكن الحكم لا يشرع عند الوصف
المذكور .

ووجههم في ذلك : ان النفع وان كان قليلا يسمى نفعا ، لوجود الحقيقة
فيه ، فالمفسدة وان كانت راجحة لا يجعل النفع ضررا ، لأن قلب الحقائق
لا يكون بالاعتبار ، ولما يكون بذهاب الحقيقة بذهاب اجزائها كلها - ومادام
النفع باقيا - فالحقيقة لا تزال موجودة ، وعلى ذلك فالوصف المشتمل على المناسبة
وأن كانت مرجوحة يسمى مناسبا ولا تبطل المناسبة بذلك ^(١) .

والحقيقة ان هذا الخلاف لا ثمرة له ، لأن الاصوليين جميعاً مقتفون
على ان الحكم لا يشرع عند وجود المفسدة الراجحة او المتساوية فهو
خلاف لفظي .

ومع هذا ، فأرجح بقاء مناسبة الوصف للحكم ، بدليل أن المفسدة اذا
اصبحت مرجوحة بتغيير الظروف والأحوال ، عادت شرعيه الحكم ، وذلك
دليل على بقاء مناسبة الوصف ، غاية ما في الأمر أن مرجوحته في بعض
الظروف يجعله غير معتبر ، ولكن عدم الاعتبار لا يبدل الحقيقة ، فلا سبيل
إلى انكارها .

وبهذا الرأي أخذ رجال القانون الجنائي : يقول الدكتور محمود نجيب
حسني : « ويتخاذ عدم اعتراف القانون بالصلة صورة ترجيح مصلحة أخرى عليها
أي انكار المصلحة المرجوحة في الحدود التي يقتضيها استعمال المصلحة الراجحة ،
فإذا جاوزنا هذه الحدود عادت للصلة. المرجوحة قيمتها القانونية ، وساغ ان

(١) راجع مذكورة اصول الفقه ج ٤ ص ١٠٠ المقررة على طلاب كلية الشريعة
جامعة الازهر - للاستاذ الشيخ محمد اي النور زهير .

يقوم بها الحق في مدلوله القانوني ، ويتبين بذلك ، أن القانون لا يهدى مصالحة في ذاتها، ولو قدر أنها تافهة ، فالأصل هو اعتراف القانون وحياته بجميع المصالح طالما كانت مشروعة، ولكن المصالح قد تتعارض فيما بينها بحيث لا يمكن متضورا البقاء على بعضها الا باهدار البعض الآخر ، وعندئذ يتدخل القانون للتنسيق بين المصالح المتعارضة، فيحدد ما هو جدير منها بالترجيح، وبين الحدود التي يتبعن فيها هذا الترجيح ، وعلى هذا النحو ، فإن عدم اعتراف القانون بالمصالحة يتخذ صورة جزئية مؤقتة ، لأنه ينحصر في الحدود التي ترجع عليها فيها مصالحة اخرى ^(١) .

وهكذا يشرح فقهاء القانون وجهة نظر الفقه القانوني في المصالح المرجوة، وانها مادام معترفا بها في الاصل ، تبقى في حقيقتها مصالحة ، ولو تعارضت مع مصالحة أرجح منها ، بحيث اصبح يفضي الاخذ بالمصالحة المرجوة الى مفسدة راجحة .

مثال ذلك : في الفقه الاسلامي : تلقى السلع ،凡ه في الاصل جائز ، اذ يتعلق به للفرد مصالحة في جلب الرزق لنفسه وعياله ، وتبلغ هذه المصالحة مرتبة الحاجيات، ولكنها تهر في حالة لزوم مفسدة تلحق بأهل البلد ، وهي دون شك راجحة، فيمنع المتلقى ، الا ان المصلحة المهدرة هنا تبقى في ذاتها مصالحة ، ويسرع الحكم عندها ، اذا تغير الظرف ، فأضحي تلقى السلع لا يضر بأهل البلد لكثراها ، ولعدم استداد حاجتهم اليها ، لأن الحكم معلل بالضرر .

— ومثال ذلك ايضا: ان استعمال حق الملكية مقيد بمنع الاضرار بالغير عند الجمود، ولكن بعض الفقهاء رأى ان من صور التقيد ما يفضي الى مفسدة عامة راجحة لاحقة بالملوك بسبب اختلاف الزمن، فقد خالف الامام مالك قضاء عمر رضي الله عنه باجبار المالك على السماح بإجراء الماء في أرضه لمصالحة الجار، ومنع ذلك

(١) اسباب الاباحة للدكتور محمود نجيب حسفي ص ٦٣ .

بالنظر الى ما يقول اليه الاذن من مفسدة ادعاء المرتفق ملكية رقبة الأرض .
ومما لا شك فيه أن الاذن بالارتفاع بأرض الغير مصلحة تعود على المرتفق ،
ولا ضرر فيها على مالك الأرض المرتفق بها ، ولكنها أهدرت هنا بالنظر للوازد
الخارجية للفعل ، لفساد الزمن ، وليس من العدل ان يقيد حق المالك بحيث يفضي
إلى سلب ملكية ارضه بادعاء باطل ، حتى اذا تغير الزمن ونظمت حقوق الارتفاع ،
وضبطت الشروط العقارية في سجلات ، مما يحول دون الادعاء الباطل بملكية عقار
الغير المرتفق به ، عاد الاذن لما يشتمل عليه من مصلحة ، وصلة هذا بعيداً العدل
والمصلحة واضحة .

وبناء على هذا ، فان عدم اعتبار مصلحة مرجوحة لا يعدم ذاتها ، بل تبقى في
نظر الشرع مصلحة ، ولا يبطل مناسبتها للحكم ، ولكن لمرجوحتها لا يشرع الحكم
عندما ، وهذا هو الرأي الذي أخذ به الامام الرازي وجماعة منهم البيضاوي وبه
أخذ الفقه القانوني كما قدمنا .

— ومثال ذلك ايضاً الاحتكار ، فان مصلحة المالك في التصرف بذلك على
الوجه الذي يريد ظاهرة ، ولكن اذا استعمله على وجه يضر بال العامة ، كأن
يمحتكر السلع التي تشتد حاجة الناس اليها تربصاً بالغلاء ، يعتبر اساءة وتعسفاً ،
فال فعل هنا - وهو التصرف في حق الملكية - مأذون فيه في الاصل بالنظر لما
ينطوي عليه من مصلحة للمالك ، غير أنه اذا لزم عنه مفسدة راجحة اهدرت تلك
المصلحة بالقدر الذي يدفع الضرر عن الناس ، فيمنع من الاحتكار ، ويجب على
البيع بشمن المثل ، تحقيقاً للعدل ، ورعاية للحقين ما أمكن ، حتى اذا تغيرت
الظروف ، وزال ما كان بالناس من حاجة الى السلع التي يحتكرها لم يجر على
بعها ، اذ لا ضرر - في هذه الحالة - يلزم عن الاحتكار .

— ومثال ذلك ايضاً : خروج النساء الى المساجد :

« روى مالك عن عبد الله بن عمر رضي الله عنها أن الرسول عليه السلام قال :
« لاتعنوا إماء الله مساجد الله » .

وروي عن بسر بن سعيد أن الرسول قال : « اذا شهدت إحداكن صلاة العشاء فلا تنسن طيباً » .

ثم يروي الإمام مالك بعد ذلك عن يحيى بن سعيد ، عن عمرة بنت عبد الرحمن عن السيدة عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت : « لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء^(١) ، لتعين المساجد كما منعه نساء بني إسرائيل ، قال يحيى بن سعيد : فقلت لعمرة : أو منع بني إسرائيل المساجد ؟ قالت : نعم » .

- ويقول الإمام الغزالي « وكان قد أذن رسول الله ﷺ للنساء في حضور المسجد ، والصواب الآن المنع إلا العجائز^(٢) » .

- وفي سن^(٣) أبي داود عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ، ولكن ليخرجن وهن تفلاط » أي غير متطيبات .

- عن ابن عمر رضي الله عنها ، أن رسول الله ﷺ قال : « لا تمنعوا نساءكم المساجد ، وبيوتهن خير لهن^(٤) » .

والمفهوم من هذه الروايات أمران :

الأول : الأذن للنساء في الخروج إلى المساجد شريطة ألا يكن متطيبات أو متبرجات .

(١) الباجي على الموطأ ج ١ ص ١٥٧ ، وراجع الموطأ ج ١ ص ١٥٦ و ١٥٧ يلاحظ أن تغير الزمن عبرت عنه السيدة عائشة رضي الله عنها بأحداث النساء أشياء لم تكن على عهد رسول الله . وهذا يقتضي أن يتغير الحكم تبعاً لما أحدث ، ومفهوم أن ذلك مفسدة راجحة تربو على مصلحة تحصيل ثواب الصلاة في المسجد ، فيشرع الحكم بالمنع درء للمفسدة الالزمة والراجحة .

(٢) الاحياء ج ٤ ص ٤٨ .

(٣) سنن أبي داود ج ١ ص ٢٢١ و ٢٢٢ .

(٤) المرجع السابق .

والثاني : رأي السيدة عائشة رضي الله عنها أن الأفضل منع النساء من الالتحاف إلى المساجد ، مع أن الروايات عن الرسول ﷺ صريحة في الالذن ، إلا أن الزمان تغير ، ولزム عن ذلك الفعل مفسدة رأتها السيدة عائشة أرجح من مصلحة خروجهن ، وتلك المصلحة دينية أخرىوية ، فرأى المنع بالنظر إلى هذا المال ، وترك ظاهر النص لأجله .

-- ومثال أيضاً لجازة التسعير :

روى أبو هريرة أن رجلاً جاءه فقال ، يا رسول الله سعر ! فقال : « بل ادعوا » ثم جاءه رجل فقال : « يا رسول الله سعر ! فقال : « بل الله ينخفض ويرفع ، وأني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندى مظلمة » .

— وحدث أنس بن مالك أن الناس قالوا : يا رسول الله ، غلا السعر فسعر لنا ، فقال رسول الله ﷺ : « إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ، وأني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بظلمة في دم أو مال » .

— وروى البيهقي^(١) أثراً عن عمر رضي الله عنه ، جاءه فيه أنه كان قد أمر بائع زبيب أن يرفع سعره ، أو يدخله بيته فيبيعه كيف شاء ، ثم رجع إليه وقال له : « إن الذي قلت ليس بعزمـة منـي ولا قضاـء ، إـنـا هـوـ شـيءـ أـرـدـتـ بـهـ الـخـيـرـ لـأـهـلـ الـبـلـدـ ، فـحـيـثـ شـتـ فـبـعـ ، وـكـيـفـ شـتـ فـبـعـ^(٢) » .

وهذه الروايات تؤيد مقتضى القياس ، وهو أن الأصل حرية التصرف في الملك ، كما أن الأصل في المعاوضات هو الوضى ، « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم^(٣) » .

(١) السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٢٩ .

(٢) راجع سنن أبي داود ج ٣ ص ٣٧ ، سبل السلام ج ٣ ص ٢٥ .

(٣) سورة النساء ٤ آية ٢٩ .

ولعل حكم رسول الله ﷺ كان في واقعة خاصة، فلا تعم، وإنما فان ولـي الأمر مأمور برعاية مصالح المسلمين جميعاً، وهو أصل مقرر في الدين كما قدمنا، ولـا شك أن رعاية مصلحة الجماعة أولى من رعاية مصلحة الفرد، لأن المصلحة العامة مقدمة^(١).

على أن في التسعير رعاية الحقين، دفع الضرر عن الناس بمنع تعدي التجار في الأسعار تعدياً فاحشاً - ورعاياـة حق الفرد، وهو إعطاؤه ثمن المثل، وبذلك يدفع تحكم التجار، تحقيقاً للمعادلة ورعاياـة لمصلحة العامة.

وفي هذا يقول أبو الوليد الباقي « وجهه - وجـه جواز التسعير الذي رواه أشعب عن مالك - ما يجب من النظر في المصالح العامة، والمنع من أغلاء السعر عليهم والافساد عليهم، وليس يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون بغير السعر الذي يحدده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمـتـابـع لا يمنع البائع ربحاً، ولا يـسـوـغ له منه ما يضر الناس^(٢) ».

ولا شك أن دفع التـحـكم عـدـل وـمـصـلـحة ، وهي أظهر إذا كانت عـامـة ، فـاـذـاـ كانـ لاـ يـتـحـقـقـ ذـلـكـ إـلـاـ بـالـتـسـعـيرـ ، صـيـرـ إـلـيـهـ ، لـأـنـ إـقـامـةـ العـدـلـ وـاجـبـ ، وـمـاـ لـيـتمـ الـوـاجـبـ إـلـاـ بـهـ فـهـوـ وـاجـبـ ، وـبـذـلـكـ تـرـكـ الـعـلـمـ بـظـاهـرـ الـحـدـيـثـ معـ أـنـهـ صـرـيـحـ لـاـ لـبـسـ فـيـهـ ، لـأـنـهـ مـعـلـلـ عـلـىـ رـأـيـ طـائـفـةـ مـنـ التـابـعـينـ ، كـسـعـيـدـ بـنـ الـمـسـبـ - وـرـبـيـعـةـ اـبـنـ عـبـدـ الرـحـمـنـ ، وـيـحـيـيـ بـنـ سـعـيـدـ الـأـنـصـارـيـ - الـذـيـ أـفـتـواـ بـالـجـواـزـ ، وـإـلـىـ هـذـاـ ذـهـبـ أـبـوـ الـوـلـيدـ الـبـاـقـيـ كـمـاـ رـأـيـنـاـ ، وـلـيـسـ لـهـ مـنـ مـسـتـندـ إـلـاـ الـمـصـلـحةـ وـدـفـعـ الـضـرـرـ عـنـ النـاسـ^(٣).

وعـلـىـ هـذـاـ، فـكـلـ فعلـ إـذـاـ كـانـ مـأـذـونـاـ فـيـهـ فـيـ الأـصـلـ يـلـازـمـ عـنـ استـعـهـالـهـ مـفـسـدـةـ

(١) الموافقات ج ٢ ص ٧٥ وـما بـعـدـهاـ .

(٢) المتـقـيـ ج ٥ ص ١٨ ، تعـلـيلـ الـاحـکـامـ لـشـیـخـ مـصـطـفـیـ شـلـیـ ص ٧٨ .

(٣) قد أـفـرـهـاـ لـكـلـ مـنـ الـاحـتـكـارـ وـالـتـسـعـيرـ بـحـثـاـ خـاصـاـ مـسـتـفـيـضاـ فـيـ كـتـابـناـ «ـ الـفـقـهـ الـمـقـارـنـ »ـ وـهـوـ نـخـتـ الـطـبـعـ .

مساوية او راجحة منع : سواء أكان الفعل ينحوه حق ام إباحة ، وسواء أكانت المفسدة لاحقة بالفرد ، كا في استعمال حق الملكية اذا أضر بجارة ضرراً فاحشاً ام لاحقة بذى الحق نفسه ، كا في تصرف السفيه ، ومن باب أولى اذا كانت لاحقة بالمصلحة العامة . وإنما تتجزى المصلحة ويدار الحكم على أساسها تجنباً لمناقضة مقصود الشارع ، أو تقادياً للتغافل في الاجتهاد .

أما في حق الملكية ، فان المالك لا يمنع من استعماله حقه اذا كانت المفسدة الالزمة عنه واللاحقة بالغير متساوية ، لأن صاحب الحق يتربح بالاذن له في استعمال حقه شرعاً ، إذ الأصل عدم وجوب تحمل أحد الضرر لدفعه عن غيره ، فالضرر لا يزال يمثله - أما إذا رجحت المفسدة اللاحقة بالغير منع ، لأن المرجوح لا يعتبر كما أن - هذا الأصل يطبق في غير حالة الضرورة ، فال مضطري يرخص له في تناول الحرم الصرف فما بالك بالحرم المجاور؟ هذا ، والمصلحة المرجوحة في ظرف معين لا تبطل مناسبتها للحكم على الرغم من عدم اعتبارها كما بينا آنفاً .

النظر في مآلات الأفعال مجردة هو إنّ أصل الذي ينادي به

اليوم فقراء القانون المدني والمدنى

قدمنا أن أصل النظر في مآلات الأفعال يعتبر نتائج الأفعال وثاراتها في ذاتها، دون نظر الى العوامل النفسية او البواعث، وبحسب تلك النتائج والثمرات يحيل الفعل او يحرم ، ويؤخذ في أو يمنع ، وهذه نظرة مادية واقعية تؤخذ كمد أصل المصلحة ، من جلب منفعة او درء مفسدة ، ويعتمد خاطب الموازنة ، وهو الأصل الذي أصبح يؤيده اليوم فقهاء القانون الدولي لتقييد حق الدولة في استعمال الاسلحة الذرية ، بالنظر الى ما ينجم عن ذلك من تلویث أجواء الدول المجاورة، بانتشار الغبار الذري، بما له اثر بالغ على حياة الانسان والحيوان والنبات،

وتكون مسؤولية الدولة مطلقة غير مبنية على عنصر الخطأ، بل على مجرد واقعة الضرر الذي يُؤول إليه استعمال هذه الأسلحة الخطرة، وهذا هو ما فرته الشريعة الإسلامية - منذ زمن بعيد - في هذا الأصل الذي نحن بصدده البحث فيه؛ لأنها بما يقتضيه العدل والمصلحة.

أ - في القانون المدني :

اتجه الفقه في الدول المختلفة إلى تقرير مبدأً جديداً هو مبدأ المسؤولية بدون خطأ ، أو المسؤولية المطلقة ، فقرر العالم الفرنسي Labb e أن الأساس الذي يجب أن تقوم عليه المسؤولية ليس هو الخطأ بل هو : أن من ينشئ بفعله في المجتمع مخاطر مستحدثة يتبعن عليه تحمل تبعتها .

وذكر الفقيه الفرنسي Saleilles أن فكرة تحمل التبعية ضرورية لتحقيق العدالة ، وأن أساس المسؤولية هو مجرد التسبب في إحداث الضرر بصرف النظر عن الخطأ .

وذكر الفقيه الانكليزي Pollock أن من مبادئ القانون المقبولة في النظام الانجليزي - أمريكي ، وجوب عدم احداث ضرر بالغير دون أن يكون لذلك مبرر شرعي أو عذر ، وأنه من الضروري قبول فكرة المسؤولية المطلقة باعتبارها أمراً تتطلب ظروف الحياة في المجتمعات الصناعية^(١) .

ب - وفي القانون الدولي :

يقول الدكتور محمد حافظ غانم :

« يذهب الاتجاه لدى الباحثين في القواعد التي تحكم المسؤولية عن استعمال الفضاء الخارجي ، وعن اطلاق الصواريخ الى وجوب تطبيق مبدأ المسؤولية

(١) المسئولية الدولية للدكتور محمد حافظ غانم ص ٩٦ وما بعدها .

المطلقة عن الاضرار التي تجتمع عن استعمال الفضاء الخارجي أو إطلاق الصواريخ، وذلك بالنظر الى الطبيعة الخاصة للنشاط الذي يتم في الفضاء الخارجي؛ ولا تساهه بطابع الخطورة الشديدة^(١).

وهذا نظر مادي واقعي خالص ، يعتبر مآلات الافعال دون نظر الى العوامل النفسية كالتقطاً عند فقهاء القانون ، أو التعدي عند فقهاء الاسلام، وهذا النظر هو الذي جعله الامام الشاطبي اصلاً في التشريع الاجتهادي، وأوجب بناء الاحكام عليه، بقطع النظر عن التكليف الاصلی للفعل، وانه يلزم المحتهد اعتباره جرياً على سنن الشارع في اعتبار مسببات الاسباب .

وعلى هذا، فإن المسئولية عن الاضرار هنا تنشأ ب مجرد التسبب ، ولو بفعل مباح في الاصل ودون تعد، وذلك للمصلحة ، والمصلحة هنا هي درء المفسدة الناجمة عن استعمال السلاح الذري والاضرار الخطيرة التي تترتب عليه في السكانات الحية وغيرها .

ولا يسعنا الا ان نتوه بما كان لفقهاء الاسلام من فضل السبق في تقرير هذه المسئولية المطلقة^(٢)، ومن ذلك استعمال حق الملكية اذا ترب عليه ضرر بين بالخارج ، حيث نظر الى مجرد^(٣) التسبب ، اذ قد يكون استعمال المالك معتاداً، وله غرض صحيح، ولم يقصد الاضرار بغيره ، ومع ذلك يسأل مجرد التسبب، وهذه المسئولية يقررها فقهاء الخنفية استحسانا لاجل المصلحة ، كما ذكر الامام الزيلعي من الخنفية^(٤) .

هذا فيما يتعلق بالضرر اللاحق بمصلحة خاصة .

اما الضرر العام فان المسئولية تثور ب مجرد التسبب ايضاً بفعل مأذون فيه في

(١) المسئولية الدولية للدكتور محمد حافظ عاصم ص ٩٦ و ٩٧ .

(٢) جامع للعلوم والحكم من ٢٦٧ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ .

الاصل، ولو لم يكن الباعث عليه غير مشروع، من نية الاضرار مثلاً، من باب اولى^(١). وهذه المسئولية تقوم على اصل مقرر في الشريعة هو مبدأ اعتبار مآلات الافعال التي من فروعها « مبدأ سد الذرائع » و « الاستحسان » كما قدمنا .
كما يقوم على قواعد شرعية محكمة من مثل « يختار اهون الشررين^(٢) » « والضرر الاشد يزال بالضرر الاحق^(٣) » و « اذا تعارض مفاسدتان يراعى اعظمها ضرراً بارتكاب اخفها^(٤) » و « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام^(٥) » و « درء المفاسد اولى من جلب المนาفع^(٦) » .

فكمل هذه القواعد تحكم اللوازم الخارجية الواقعية للافعال دون نظر الى العوامل النفسية من القصد والباعث والاهمال والتقصير ، وهذا مما يؤكد ان نظرية التعسف أوسع وأشمل في الفقه الاسلامي من نظرية التعدي فيه ، لأن معيار التعدي لا ينطبق على معيار التعسف ، ذلك لأن الاول يعتمد فعلًا غير مشروع في الاصل ، اي خارجاً عن نطاق الحق ، بينما يقوم التعسف على فعل ظاهر الجواز .

هذا ، ولو أخذ بمعيار التعدي في مفهومه عند المتأخرین ، من نية الاضرار ، او الاهمال والتقصير وترك الحيطة ، لما اعنى عن معايير التعسف ، ولظل قاصرًا عن استيعاب جميع حالاته ، ذلك لأنها تعتبر بعض الافعال تعسفية ولو لم يتحقق فيها معيار التعدي ، وهذا ما يسمى اليوم بالمسؤولية المطلقة ، أي غير المشروطة بالخطأ في القانون المدني ، او التعدي في الفقه الاسلامي .

(١) راجع المواقفات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها ، في الفعل المأذون فيه اذا لم يقصد صاحب الاضرار و مع ذلك يترب عليه ضرر عام فانه يمنع .

(٢) مجلة الاحكام العدلية مادة ٢٩ .

(٣) المرجع السابق مادة ٢٧ .

(٤) المرجع السابق المادة ٢٨ .

(٥) المرجع السابق المادة ٢٦ .

(٦) المرجع السابق المادة ٣٠ .

فقراء الاسلام بغير رونه المسئولة المطلقة :

والواقع ان المجتهدین من فقهاء الاسلام كان رائدهم في استنباط الاحکام المصلحة والعدل ، ومن ثم لا تجد في آثارهم عنایة منصبة على صياغة النظريات ، بقدر ما هي منصبة على النزول على مقتضيات العدالة في الحلول الجزئية ، ولو أدى بهم ذلك الى الخروج عن القواعد والاقيـة^(١) .

فابن رشد يقرر ان الضمان عند الفقهاء على وجهين :
الاول – بالتعدي وهذا ظاهر .

الثاني – ل مكان المصلحة وحفظ الاموال ، أي لحفظ مقاصد الشرع .
ومن ذلك تضمين الصناع بدون تعد منهم .

اذ يقول : الضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي ، او ل مكان المصلحة وحفظ الاموال ، واما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد الا من جهة المصلحة ، فهم الصناع^(٢) .

ويقول السرخسي في الحافظ المأصل اذا كان مستقىا ثم مال فسقط في الطريق العامة ، وقتل انسانا « قالوا لا ضمان عليه - على المالك - لانه لم يتعد ، وهو القياس ويقول أيضاً : ومقتضى القياس انه لو أشهد عليه لا يضمن ، لان الاشهاد فعل غيره ، فلا يكون سبباً لوجوب الضمان عليه ، لكن استحسن علماؤنا ورحمهم الله ايجاب الضمان^(٣) .

(١) القواعد للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٣٨ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٩٣ ، راجع في تضمين الصناع المقدمات ج ٣ ص ٣٧٣ ، كتاب الخلاف في فقه المغفرة ج ٢ ص ٢١٢ ، البدائع ج ٤ ص ٢١٠ كشاف القناع ج ٤ ص ٢٦ .

(٣) المسوط ج ٢٧ ص ٩ ، راجع ايضاً المواقف في تقرير المسؤولية على مجرد واقعة الضرر التي تسببت عن فعل مذون فيه في الاصل ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

وليس لهذا الاستحسان من سند الا المصلحة ، لأن معيار التعدي لم ينطبق عليه، فللمالك ان يتسع عن نقض هذا الحائط ؟ اذ ليس لأحد ان يجبره على التصرف في ملكه ، ولم يكن منه فعل خارج نطاق حقه حتى يكون معديا ، ولكنكne يمكن هنا مجرد التسبب، وهو الامتناع عن نقضه، ولو كان هذا الامتناع في الاصل مشروعأ . وهذه هي المسئولية المطلقة غير المشروطة بالتعدي على اساس من المصلحة، ونفي الضرر عن الناس في أرواحهم وأموالهم ، والمصلحة مقصود الشرع .

فالخروج بنظرية التعسف عن معيار التعدي اذن أمر اقتضاه تحقيق المصلحة والعدل .

ومن هنا تبدو صلة النظرية الواقعية في مآلات الافعال بمقاصد الشريعة من حفظ الأموال والأنفس ، او قلة المعيار المادي لنظرية التعسف القائم على الموازنة بين المصلحة والفسدة - دون نظر الى العوامل النفسية - بقتضيات العدالة ، فضلاً عن مراعاة هذا المعيار واستجابته لظروف الحياة المتطورة، بدليل جوء فقهاء القانون المدني والدولي اليه في العصر الحاضر ، يلتمسون الحلول على اساسه، للنتائج الخطيرة الالزمة عن طبيعة النشاط الخاص باستعمال الاسلحة الذرية وغيرها يوم ان عجزت قواعد القانون القائم ونظرياته فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية او الدولية عن حكم هذه الحالات المستجدة .

وبذلك كان لفقهاء الاسلام فضل السبق في تقرير هذه المسئولية المطلقة منذ زمن بعيد على أساس من المصلحة والعدل^(١) .

(١) سيأتي مزيد بحث وتفصيل في هذا الموضوع في مبحث تكيف التعسف في استعمال الحق وتأصيله .

المبحث الرابع

العدالة في تطبيق المعاملات المدنية

قلنا ان مقتضيات العدالة هي السائدة في احكام الفقه الاسلامي - ومنها
المعاملات - فكان المجتهدون يعالجون المسائل الفقهية مسألة^(١) ، ويضعون
الحلول العادلة التي تنتجهها الادلة ، على ضوء مقاصد التشريع التي كانت تحكم في
هذه الادلة ، فكثيراً ما كانوا يقيدون المطلق ، ويخصصون النص ، او يصرفونه
عن ظاهره الى معنى يتافق وروح الشريعة ، او يستثنون المسألة من حكم نظائرها ،
لدليل ارجح يقتضي هذا الاستثناء ، كما بینا في الاستحسان ، او يمنعون الفعل في
ظروف معينة ، ولو كان في الاصل مباحاً ، بالنظر الى باعه او مآلـه كما في سـد
الذرائع .

ولعل ابلغ دليل على تحریي العدالة في المعاملات والتعاقد، ان الفقه الاسلامي
يقرر مبدأ المرضائية في العقود، أي ان كلاماً من الايجاب والقبول ينتجان آثارهما
دون توقف^(٢) على الاجراءات الشكلية ، حتى اذا ادى بهم إعمال هذا المبدأ في
بعض العقود - لظروف معينة - الى اختلال ميزان التعادل في الالتزامات وقت
تنفيذ العقد مثلاً ، فسيخوا العقد كما في العذر في عقد الایجار عند الحنفية ، والجواحـ
في الزروع والثمار عند الحنابلة والمالكية .

(١) مصادر الحق للدكتور السنواري ج ٦ ص ٩٥ .

(٢) راجع مصادر الحق ج ٣ ، للسنواري .

فالفقه الاسلامي، وان احترم القوة الملزمة للعقد اعملاً مبدأ الرضائة، الا ان ذلك رهن ببقاء الظروف التي تم فيها العقد - حتى اذا تغيرت ، واصبح تنفيذ الالتزام بمحفأً يتحقق احد الجانبين، او ضاراً به ضرراً لم يكن ليلتزم بالعقد، فسخع العقد ، ولا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك بالحق المكتسب بالعقد في طلب تنفيذ الالتزام ، لأن استعماله لحله هنا يؤدي الى الاضرار بغيره، لتغير الظروف - اقتصادية كانت ام غيرها - وليس من مقتضى العدل تنفيذ هذا العقد ، والزام المتعاقد المنكوب .

فببدأ الرضائة في الفقه الاسلامي هو الاصل الذي يدور عليه ابرام العقود، ومنشأ قوتها الملزمة ، الا ان يؤدي ذلك الى ظلم وضرر لم يلتزم بالعقد ، وهذا يعتبر قيادةً يرد على مبدأ الرضائة .

فيورد مبدأ الرضائة عند تنفيذ العقد :

مثل هذا القيد لم يكن ليؤدي على مبدأ الرضائة في التعاقد والمعاملات في الفقه الغربي ، بالنظر لما كان يسوده من روح فردية متطرفة ، لو لا ان المذاهب الاجتماعية جاءت فخففت من وطأة ذلك المذهب ، وفتحت ثغرات في القوة الملزمة للعقد ، فاستحدثت نظرية الظروف الطارئة^(١) ، تحقيقاً لمبدأ التعادل في الالتزام. ولكن الفقه الاسلامي بما هو مشبع بالروح الدينية والخلقية لا يستغرب ظهور مثل هذه النظرية فيه مذ كان ، وقد ظهرت تطبيقات لهذه النظرية في «نظرية العذر» في عقد الاجمار عند الحنفية، و«الجوانح والثار» عند الحنابلة والمالكية كما أشرنا ، ولنضرب لذلك مثلاً نظرية العذر في الفقه الحنفي .

اورا - نظرية العذر في الفقه الحنفي :

قرر الحنفية ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه

(١) الوسيط السنوري ص ٦٣٢ وما بعدها ، مصادر الحق للسنوري ج ٦ ص ٩٥ وما بعدها .

في نفسه او ماله ، يثبت له حق فسخ الاجارة^(١) ، لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر ، للحق صاحب العذر ضرر لم يتلزم بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتاعا عن التزام الضرر^(٢).

فاما استأجر شخصا يقطع يده للأكلة ، او هدم بناء ، ثم بداوله في ذلك ، كان عذراً ، اذ في ابقاء العقد اتلاف شيء من بدن او ماله . وفي غاية البيان عن الكرخي او ليقصد ، او ليحجم ، او يقلع ضرسا . ثم يبدو له ان لا يفعل فله في ذلك كله الفسخ ، لأن فيه استهلاك مال ، او غرما ، او ضررا^(٣) .

وفي البائع^(٤) : « والعذر اما ان يرجع للعين المؤجرة ، كمن استأجر حماما في قرية مدة معلومة ، فنفر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر^(٥) .

واما ان يرجع للمؤجر ، كأن يلجهه دين فادح لا يجد قضاها الا من ثمن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذرا في فسخ الاجارة ، وكذاك لو اشتري شيئا فآجره ثم اطلع على عيب به ، له ان يفسخ الاجارة ويرده بالعيوب^(٦) .

وإما ان يرجع العذر للمستأجر ، نحو ان يفلس فيقوم من السوق ، او يزيد سفرا ، او ينتقل من الحرفة الى الزراعة ، او من الزراعة الى التجارة ، او ينتقل من الحرفة الى الزراعة ، او من الزراعة الى التجارة ، او ينتقل من حرفة الى حرفة^(٧) ، وكما اذا كانت الاجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، او كان عذر يمنعه من الجري على موجب العقد شرعا ، تنتقض الاجارة من غير نقض ، كما لو

(١) ابن عابدين سنة ١٣٠٧ ج ٦ ص ٥٤ .

(٢) البائع ج ٤ ص ١٩٧ .

(٣) ابن عابدين ج ٥ ص ٥٥ .

(٤) البائع ج ٤ ص ١٩٧ والفتاوی الهندية ج ٤ ص ٤٦٣ .

(٥) البائع ج ٤ ص ١٩٧ ، الفتاوی الهندية ج ٤ ص ٤٦٣ .

(٦) البائع ج ٤ ص ١٩٨ و ١٩٩ ، الفتاوی الهندية ج ٤ ص ٤٥٩ و ٤٦٣ .

(٧) البائع ج ٤ ص ١٩٧ ، الهندية ج ٣ ص ١٨٢ و ١٨٣ .

استأجر انسانا لقطع يده عند وقوع الأكلة او لقلع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة ، وزال الوجع ، تنتقض الإجارة^(١) .

معيار العذر في الفقه الحنفي :

ان نظرية العذر في الفقه الحنفي - كما رأينا - واسعة ، وقد وضع الفقهاء للعذر معياراً مرتنا ، فقال ابن عابدين^(٢) :

والحاصل : ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه في نفسه او ماله يثبت له حق الفسخ ، فنظرية العذر على سعتها تعتبر فرعاً عن نظرية التعسف .

ويقول الدكتور السنوري : فالنظرية تنتظم ما يعتبره القانون القوة القاهرة ، وما يعتبره حوادث طارئة ، وما يعتبر دون هذه وتلك^(٣) .

فالذهب الحنفي اكثر المذاهب توسيعاً في نظرية العذر ، لأنّه يفسح عقد الايجار .

- أولاً - لعذر يقوم في جانب المستأجر .
- ثانياً او لعذر يقوم في جانب المؤجر .
- ثالثاً - او لعذر يقوم بالنسبة للعين المؤجورة^(٤) .

(١) الفتاوی الهندیة ج ٤ ص ٤٥٨ ، ابن عابدين ج ٥ ص ٧٦ .

(٢) ج ٥ ص ٧٦ .

(٣) الوسيط ج ١٦ ص ٦٣٤ ، الهاشم .

(٤) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٩٦ ، الفتاوی الهندیة ج ٤ ص ٤٥٨
المداینة ج ٣ ص ١٨٢ و ١٨٣ ، تبیین الحقائق للزیلیعی ج ٥ ص ١٤٦ و ١٤٧ ،
البدائع للكاسانی ج ٤ ص ٢٢٢ ، الجامع الصغیر على هامش کتاب الخراج لابی يوسف
ص ١٠٢ .

أنواع العذر وأثرها في فسخ عقد الاجار :

ليس كل عذر يوجب فسخ عقد الاجار ، والحنفية تفصيل في ذلك : فإذا كان العذر يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعا ، بأن كان المضي فيه حراما ، كالاجارة على قلع الفرس ثم سكنت ، وعلى قطع اليد المتأكلة ثم برأت ، فالاجارة تنفسخ من تلقاء نفسها .

وان كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك ، لانه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد ، لم تنفسخ الاجارة الا بالفسخ .

العذر أمر غير متوقع وقت العقد^(١) :

تبين مما قدمنا ان العذر امر غير متوقع وقت العقد ، وهو يشبه الحادث الطارئ في الفقه الغربي ، ولكنه مختلف عن الحادث الطارئ في انه يمكن الدفع ، ويختلف حكم الحادث الطارئ في الفقه الغربي في ان جزاءه رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، اما في الفقه الاسلامي فالجزاء هو الفسخ او الانفاسخ حسب الاحوال كما بينا .

ووجه التسفيه : ان المتعاقد المنكوب ، او الذي قام العذر في جانبه لو أجبه على تتنفيذ العقد نتيجة لتمسك المتعاقد الآخر بحقه الذي اكتسبه بالعقد ، لأدى ذلك الى ضرر يلحق بالمدعور ، ولا اختل ميزان التعادل بينهما ، وهذا الذي يحرص المشرع على اقامته ، فيعتبر استعماله لحقه في مثل هذه الحال تعسفاً بالنظر الى نتائجه وماله .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٩٦ وما بعدها .
هذا ونظريه العذر في الفقه المالكي اخصي منهما في الفقه الحنفي ، راجع المدونة

وأيضاً ، لو كان من يطلب اليه تنفيذ العقد مع قيام العذر يعلم بالضرر الذي يلحق به من جراء هذا التنفيذ ، لما أقدم على العقد ، ولأن في تنفيذ العقد مع قيام حالة العذر ، اجباراً على تحمل ضرر لم يتلزم بالعقد والشريعة لا تقره .

ثانياً - في الجوانب والثار:

جاء في القوانين الفقهية^(١) « ومن استوى ثراً فأصابته جائحة، فإنه يوضع عنه من الشمن مقدار ما أصابته الجائحة ... »

« وإنما يوضع بشرطين » :

أحددهما : ان تكون الجائحة من غير فعلبني آدم ، كالقطط ، وكثرة المطر والبرد والرياح والجراد وغير ذلك ، واختلف في الجيش والسارق .

والثاني : ان تصيب الجائحة ثلث الثمرة فأكثر، وقال أشهب : ثلث قيمتها، فان اصابت اقل من الثالث لم يوضع عن المشتري شيء ، واما اصابت الثالث فأكثر لزم المشتري بيعها بعد حط ما اصابت الجائحة .

ثم اورد تفصيلات فيما يعتبر جائحة في قليله وكثيره وما ليس كذلك .

وجاء في بداية المحتهد : اختلف العلماء في وضع الجوانب في الثمار . فقال بالقضاء بها مالك واصحابه ، وعمدة من قال بوضعها : حديث جابر : ان رسول الله (ص) قال : من باع ثراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً ، على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه^(٢) . أخرجه مسلم عن جابر

هذا ، واتفقوا على ان الآفات السماوية من مثل البرد ، والقطط والعنف جائحة وكذلك العطش ، بخلاف ما أصاب من صنع الآدميين ، كما أن

(١) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٣ .

(٢) بداية المحتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٥٥ وما بعدها .

هناك خلافاً فيما تجحب فيه الجائحة من القول والثار ، وفي المقدار من الثالث او مادونه ^(١) .

والخلاصة ، ان هاتين النظريتين : المذر والجائحة تعتبران فرعين عن نظرية التعسف ، مراعاة للتعادل عند تنفيذ الالتزام ، وهما نظريتان ترددان قيada على مبدأ الرضائية في العقود كما قدمنا ؛ منعاً للتعسف ، وتحقيقاً للعدالة .

تالياً — قبود صيرورة الرضائية عن الشاء العقر :

خيار المجلس :

ومن القيود التي ترد على مبدأ الرضائية ، « خيار المجلس » للتبروي ودفعاً للغبن ، وقد ذهب الى ذلك الشافعية والحنابلة ^(٢) ومعناه ان لكل من العاقدين اختيار في فسخ العقد أو اعضاً ماداماً في مجلس العقد ، الا اذا خير احدهما صاحبه فاختار امضاء العقد ونفاذة ، واما يثبتون ذلك في عقد البيع بالنص : « البيعان بالخيارات ، مالم يتفرققا ، او يختر احدهما الآخر فيختار البيع ^(٣) ». وفيما يلحق به من عقود المعاوضات بالقياس ^(٤) .

هذا وقد قدمنا أن الباعث الدافع الى التعاقد يرد قيada على مبدأ الرضائية ،

(١) المرجع السابق .

(٢) الاشباء والنظائر ، السيوطي ، ص ٢٥٦ و ٢٥٧ ، المهدى ج ١ ص ٢٥٧ و ٢٥٨ ، المغني ، لابن قدامة ، ج ٤ ص ٦ ، بداية المحتهد ، ج ٢ ص ١٢٩ - ١٤١ .

(٣) يقول الدهلوبي : انه روى بطرق عدّة - المرجع السابق وانظر الزيلعي ج ٤ ص ٣ .

(٤) اسباب اختلاف الفقهاء للشيخ علي الحفيظ ص ٥٨ ، مصادر الحق ص ١٧ ، ص ٢ للدكتور السنوري ، احكام العاملات للشيخ علي الحفيظ ص ٣٥٨ ، المداية ج ٣ ص ١٧ ، الاختيار ج ٢ ص ٦ .

فيطلي كل تصرف ثبت انه كان ذريعة لتحقيق غرض غير مشروع كما في المبة ،
لإسقاط الزكاة ، وبيع العينة ، ونکاح التحليل ، على الخلاف المشهور فيها .

هذه أمثلة ^(١) للقيود التي ترد على مبدأ الرضائية في العقود ؛ منعاً للضرر
والتعسف ، وتدل على أن مقتضيات العدالة هي السائدة في احكام
الفقه الاسلامي .

والواقع ان فكرة العدل - وهي فكرة اخلاقية بختة - تقوم عليها نظرية
الغبن - والعدم - والجواح - بل تقوم عليها نظرية العقد بوجه عام - ومن
الصعب مثلاً ان تتصور احكام الغبن منفصلة عن فكرة العدل ^(٢) .

* * *

(١) واكتفينا ببحثها على هذا الوجه الموجز لبيان صلتها بمبدأ العدالة ومنع
التعسف ، اذ ليس هذا مقام بحثها .

(٢) نظرية الاستغلال للدكتور توفيق فرج ص ١٥ - ١٦

الفصل السادس

المبحث الأول

الواقعية في الفقه الإسلامي

يبنا النزعة المثالية في الفقه الإسلامي وأثرها في تقييد الحق ، ولكن هذه المثالية ليست خيالية ؟ بل تنزع عن الواقعية التي يتمس بها هذا الفقه أيضا ، والتي تبدو فيها يلي :

أولا – في نظرته إلى الفرد كنقطة أساسية ينطلق منها إلى الاصلاح الاجتماعي ^(١) .

ثانياً – في نظرته إلى الجماعة ^(٢) باعتبارها ذات مصلحة جوهرية مستقلة ليست حصيلة المصالح الفردية كما يدعى انصار المذهب الفردي ، بدليل تعارضها مع المصلحة الفردية ، وتنسيق هذا التعارض في الفقه الإسلامي بقواعد حكمة ؛ اذ بات من المقررات الشرعية – نتيجة للاعتراف بالمصلحة العامة وتقديرها قدرها – أن المصلحة العامة مقدمة ، يقول الامام الشاطبي : « المصالح العامة مقدمة

(١) وبهذا يخالف المذاهب الاجتماعية المطرفة التي تكرر شخصية الفرد وكياته الذاتي ومصلحته الخاصة .

(٢) وبهذا يخالف الفردية الذين يعتبرون المصلحة الفردية هي غاية التشريع .

على المصالح الخاصة ، بدليل النهي عن تلقي السارع ، وعن بيع الحاضر
البادي .. الخ »^(١)

ثالثا - في نظرته الى المال كقوع مادي للحياة ، ونظرته الى الضروريات
الخمسة التي هي مقاصد اساسية في الشرع تدور عليها احكامه لصيانتها وما يتبعها؛
باعتبارها قوام كل مجتمع انساني . واذا كان الفقه الاسلامي - نزولا منه على
مكونات الواقع - قد اعترف بالصلحتين الفردية والجماعية وجعل منها غاية مزدوجة
للتشريع العملي ، فإنه - في سبيل تحقيق هذه الغاية التي رسمها الشارع الحكيم -
قرر الاسلوب أو الوسيلة التي ينبغي اتخاذها ، فاعترف - بالحق الفردي ، كما اعترف
ب الحق الجماعية »^(٢) .

ولاريب أن الحقوق وما تستلزم من أعمال وتصرفات وسائل الى غايات
هي المعانى او المصالح التي توخاها الشرع من تقرير تلك الحقوق »^(٣) ، يقول الإمام
الشاطبي : « لأن الاعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها ، وإنما قصد بها امور
آخر ، هي معانها ، وهي المصالح التي شرعت لأجلها » .

فتلخص ان للفقه الاسلامي غاية مزدوجة تدور فلسنته التشريعية عليها
وهي: المصلحة الفردية والمصلحة العامة ، فكان طبيعيا أن يشرع حق الفرد وحق
الجماعة كوسائل لتحقيق تلك الغاية المزدوجة ، ولعل أوضح مظاهر للمصلحة
الجماعية في الفقه الاسلامي هي الملكية الجماعية .

(١) المواقفات ج ٢ ص ٣٥٠ الاشباه والناظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢١ ، مجلة
الاحكام العدلية الملادة ٢٦ .

(٢) يبدو هذا واضحاً من تقسيم الاصوليين للحق « في باب الحكم به » الى قسمين
رئيسين : حق الله ، وهو كل ما تتعلق به النفع العام؛ وهذا اضيف اليه تعالى تعظيمياً لخطره
- وحق العبد - وهو حق الفرد ، وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة ، هذا وسيأتي بحث
« المصلحة العامة » كعامل اساسي في تقييد الحق الفردي ، راجع التلویح على التوضیح
ج ٢ ص ١٥١ وكتاب النار وحواشيه ص ٨٨٦ وسائر كتب الاصول في باب
الحكم به .

(٣) المواقفات ج ٢ ص ٣٨٥ .

ذلك ؛ لأن الشريعة الإسلامية ذهبت إلى أن الحل الصحيح للتعارض بين المصلحتين لا يكون على أساس اهدار أحدي المصلحتين على حساب الأخرى ؛ لأن في ذلك أخلاً لا يعزّان العدالة، فضلاً عما ينطوي عليه هذا المسلك من تجاهل الواقع ، فرأى أنه من المتعين أن يستمد الحل – درءاً للتعسف والظلم – على أساس من الواقع ، وفي ضوء من مكوناته التي لا يمكن تجاهلها ، وجاءت بقواعد تقيم التوازن بين المصلحتين على أساس من جلب المصلحة الغالية ، أو درء المفسدة المساوية أو الراجحة ، فإذا أمكن رعاية الحقين معًا صيراليه، وإذا تعذر التوفيق قدمت المصلحة العامة جلباً لا أكبر قدر من المصلحة ، مع الاحتفاظ بحق الفرد في التعويض إن كان له وجه ، وهذا ما أشار إليه الأصوليون من جبر المضررة^(٢) وهو المسلك الذي اتخذه في تنسيق المصالح الفردية المتعارضة ، عملاً بالاصل العام من جلب المصالح الراجحة ودرء المفاسد الغالية ، وهو أصل يتحقق ومنطق كل تشريع واقعي عادل .

ثم إن هذا التنسيق بين المصالح المتضاربة – سواء في ميدان العلاقات الفردية أم بينها وبين المصلحة الجماعية – إنما يرمي إلى تحقيق مقاصد أساسية في المجتمع . فكان مما يتقتضيه هذا المنطق التشريعي ، أن يكون ثمة دستور يحكم مباشرة الحق كي لا ينبع صاحبه إلى الأخلاقي بهذا التوازن من جهة – وهذه ناحية واقعية ينظر فيها إلى نتائج استعمال الحق – ولا ينافي تلك المصالح الأساسية التي شرعت هذه الحقوق ومنحها المشرع إليها من أجلها، بتوكيله تحقيق مصالح أخرى غير مشروعة عن طريق هذه الحقوق المشروعة في الأصل من جهة أخرى ، فكان من العدل والمنطق أن تنسليع صفة المشروعية عن هذه الحقوق إذا اضحت وسائل للأخلاق بالتوازن ، أو لمناقضة تلك المقاصد الأساسية وما يتبعها في التشريع ، ومن هنا نشأت نظرية التصرف كدستور لمباشرة هذه الحقوق بنشأة الفقه الإسلامي نفسه ، لما ذكرنا من غاية المزدوجة ، ومن رعايته للحقين الفردي والجماعي ، ومن إقامة

(٢) المواقف ج ٢ ص ٣٥٠ وما بعدها ، وسيأتي بحث ذلك مفصلاً .

التوازن بينها، ومن شرعيه لقاصد أساسية قصد الشارع تحقيقها عن طريق الحقوق، وهي قائمة على مصالح اجتماعية واقتصادية ومبادئٍ خلقية وإنسانية سامية، وهذا هو السر في عراقة هذه النظرية في الفقه الإسلامي، كنظرية كاملة مدعومة الأصول، واضحة المعالم، لمواجهة كل تطور اجتماعي واقتصادي وحضاري.

ونتناول الآن الملكية الجماعية باعتبارها أقوى مظهر لمصلحة الجماعة.

المبحث الثاني

الملكية الجماعية

وأقرار الفقه الإسلامي للملكية الجماعية ظاهر فيما يأتي :

ولا - فيما حمّاه الرسول ﷺ من أرض النقیع خيل المسلمين المرصودة للجهاد ، والمعنى الذي من أجله شرع الحمى، يستوجب أن يكون لسائر أئمة المسلمين هذا الحق، وما تقتضيه مصالح المسلمين . يقول ابن قدامة : « روى ابن عمر قال : حس النبي ﷺ النقیع ^(١) خيل المسلمين ، وأما سائر أئمة المسلمين فلهم أن يحموها مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين ، ونعم الجزية ، أو إبل الصدقة ، وضوال الناس التي يقوم الإمام بحفظها ، و ما شئت الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى في صحيح قوله ^(٢) . »

ويرد صاحب المغني على من ينكر أن يكون لائمة المسلمين هذا الحق بعد النبي ﷺ، باقامة الأدلة على ثبوته لهم بقوله : « ولنا : أن عمر وعثمان حيا، واستهـر ذلك في الصحابة ، فلم ينكـر علـيهـما ، فـكان إجماعاً ^(٣) . »

(١) موضع معروف بقرب المدينة.

(٢) المغني ج ٢ ص ٥٢٩ .

(٣) المرجع السابق.

وي بين عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أن الحمى إنما كان « في سبيل الله » وهو الصالح العام ، فقد روى أنس اعرابياً أتى عمر رضي الله عنه فقال : « يا أمير المؤمنين ، بلادنا قاتلنا عنها في الجاهلية ، وأسلمنا عليها في الاسلام ، علام تحميها ؟ فاطرق عمر ، وجعل ينفع ويقتل شاربه – وكان إذا كربه أمر قتل شاربه ونفع – فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله ، والعباد عباد الله ، والله لو لا ما أهل عليه في سبيل الله ما حميت شبراً من الأرض في شبر^(١) » وليس لهم أن يحموا إلا قدرًا لا يضيق به على المسلمين ويضر بهم ، لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمي ، وليس من المصلحة إدخال الضر على أكثر الناس^(٢) .

« وعن أسلم قال : سمعت عمر يقول لهنى حين استعمله على حمى الربدة ياهني : أضم جناحك عن الناس ، واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة ... ولأن ما كان لصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام رسول الله ﷺ ، وقد روي عن النبي ﷺ انه قال : « ما أطعم الله نبي طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده »^(٣) .

وقد ذهب إلى جواز الحمى لأئمة المسلمين الجعفريية ، فقد جاء في كتاب الخلاف « للإمام أن يحمي للخيل المعدة في سبيل الله ، ونعم الجزية ، ونعم الصدقة ، والضوال ، وبه قال الشافعي^(٤) » .

وتعليق المذاهب بثبوت هذا الحق للإمام صريح في أنه للمصلحة العامة ، يقول الشافعي رضي الله عنه « إن حمى رسول الله ﷺ فيه صلاح لعامة المسلمين ، إذ أنت الحيل المعدة لسبيل الله ، وما فضل من سهان أهل الصدقات ، وما فضل من النعم التي تؤخذ من أهل الجزية ترعى فيه ، فاما الحيل فقوة لمجتمع المسلمين ،

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المغني ج ٥ ص ٥٢٩ / ٥٣٠ .

(٤) الخلاف ج ٢ ص ٢٢٣ .

وأما نعم الجزية فقرة لأهل الفيء من المسلمين ومسلاك سبيل الخير أنها لأهل الفيء
المجاهدين ، وأما الإبل التي تفضل عن سهان أهل الصدقة ، فلا يبقى مسلم إلا
عليه من هذا صلاح في دينه وفي نفسه ، ومن يلزمها أمره من قريب ، أو عامة من
مستحقي المسلمين ... »^(١)

ومن هنا لم يأخذ بعض الأئمة بظاهر الخبر ، من قصر هذا الحق على النبي ﷺ
« لا حمى إلا الله ورسوله » لأن الحكم معلل ، وجود المعنى بعد الرسول ﷺ
يستوجب الحكم ، وهو رعاية المصلحة العامة ، فجرى تأويل الحديث بما يتفق وغاية
الحكم ، وهذا ما كنا قد أشرنا إليه ، من أن الجري وراء ظواهر النصوص دون
التفات إلى مقصد الشارع تعسف في الاجتهاد ، أي إهمال للمصلحة التي شرع من
 أجلها الحكم أو مناقضة لها ، وعلى التأويل جرى أبو عبيد في كتابه الأموال حيث
يقول : « للإمام أن يجمي ما كان الله مثل حمي النبي ﷺ وحمى عمر . فهذا كله
داخل في الحمى الله » .

وقد روی أن عمر (رضي الله عنه) حمى الربذة والشرف ، لهذا الغرض ،
وهما موضعان بين مكة والمدينة .

وهذا كله دليل على إقرار الشريعة للملكية الجماعية ، لأن هذه الأرض ،
أصبحت ملكاً لجماعة المسلمين ، ومنفعتها مصروفة إليهم ، لتعلق مصلحتهم بها .
كما أنت في ذلك دلالة على أن لولي الأمر أن ينزع من الملكية الفردية
ما تقتضيه ضرورة المصلحة العامة للMuslimين . انظر إلى قول عمر إذ يقسم أنه لو لا
مصلحة المسلمين لما حمي شبراً في شبر^(٢) .

ثانياً - في الوقف : الذي يرصد ريعه للمصالح العامة أو المؤسسات العامة :
ثالثاً - في تقيد حق التملك للمصلحة العامة :

وأعني بذلك تقيد حرية التملك ، وهي من باب تقيد المباح .

(١) الأم ج ٣ ص ٧٠ .

(٢) المغني ج ٥ ص ٥٢٩ .

فقد ذهب فريق من الفقهاء الى تقييد حق تملك المعادن الظاهرة ، وهي التي يتوصل اليها بغير مؤنة ينتابها الناس ، كالملح والكبريت والقير والمومياء والنفط والكحول ، والبرام ، والياقوت ، ومقاطع الطين ، واسباباً بذلك ، لا تملك بالاحياء ولا يجوز اقطاعها ل احد من الناس ، ولا احتجازها دون المسلمين ، لأن فيه ضرراً بهم وتضييقاً عليهم ، ولأن النبي ﷺ أقطع ابيض بن حمال « معدن الملح » فلما قيل له انه بمنزلة الماء العذ ، رد : « كذا قال أحمد » وعلى هذا فليس الامتلاك مباحاً في كل الاموال بلا قيد ولا شرط ، فقيد الحق الفردي بمنع الاضرار بالمصلحة العامة في كل موطن يترب على اطلاق الحق للفرد في التملك ضرر عام بالجماعة ، كما أنها أتت ببدأ القيد في التملك ، منعاً لخيانة اموال لا يتسكّافاً الجهد الذي بذل في سبيلها مع ما يعود على صاحبه من نراء ونفع ، وقد أشرنا الى ذلك في حكم تملك المعادن الظاهرة^(١) التي يتوصل اليها دون بذل مؤنة تتسكّافاً مع ما يعود على البازل من نفع .

على أن أقرب المذاهب إلى العقل ، والى التوزيع الاجتماعي العادل ، هو الرأي القائل بأن المعادن^(٢) - سائلة كانت أم جامدة - كالنفط والذهب والفضة والنحاس وما إلى ذلك - تعتبر ملكاً للدولة ، ولو وجدت في أرض مملوكة ملكاً خاصاً ، لأنها ليست جزءاً من الأرض ، ولا من منافعها؛ إذ لا يقصد مالك الأرض إلى الانتفاع بها عن طريق الزراعة عادة ، وقياس المعدن على الشجر والنبات في أن كليهما من منافع الأرض وثراها ، قياس مع الفارق ، لأن المعادن عنصر موجود في الأرض قبل الملك ، أما النمر والشجر والنبات فيحصل بعد الملك ، فهي من ثرات الملك ،

(١) المغني ج ٥ ص ٢٩٥ وما بعدها ، وراجع الإمام الشافعي ج ٣ ص ٢٦٦ حيث يقول : « كل عين ظاهرة كنقط أو فار أو كبريت أو موميا أو حجارة ظاهرة كوميا في غير ملك ل أحد فليس ل أحد أن يتجهزها دون غيره ، ولا لسلطان أن يمنعها لنفسه ، ولا لخاص من الناس ، لأن هذا كله ظاهر كالماء والكلأ .

(٢) وهو رأي في مذهب مالك .

وهي المقصودة من تلك الأرض ، وليس كذلك المعدن^(١) .
 هذا ، وقد أشرنا إلى تقييد حق التملك للمصلحة العامة ، كما في النهي عن بيع
 الحاضر للبادي ، وتلقي السلع ، وتقييد التصرف في حق الملكية أيضاً لذلك الغرض
 كما في منع الاحتكار ، وكما في التسعير الجبري ، وكما في تزعز الملكية الفردية إذا
 اقتصت ذلك المرافق العامة كتوسيع الطرق ، واقامة المساجد^(٢) ، او توسيعها
 وكما في توظيف الامام ضرائب على أموال الأغنياء سداً لحاجة بيت المال^(٣) ،
 في الظروف الطارئة ، لمصلحة البلاد .

الفرع الأول

الشخصية المعنوية لجماعة المسلمين

وهذه المصلحة العامة تستتبع وجود شخصية اعتبارية أو معنوية لجماعة المسلمين ،
 وهو ما جاء به الحديث عن النبي ﷺ مؤكداً له بقوله « المسلمين تساندها دماءهم
 ويسعى بذمتهم أدناهم » .

على أن الشخصية الاعتبارية لا تقتصر على جماعة المسلمين في جملتهم ؛ بل توجد
 هذه الفكرة في المؤسسات العامة « كيبيت المال » .

وما يؤكّد شخصية الجماعة الاعتبارية خطاب الله تعالى وتوجيهه إليها بنداء
 الجماعة « يا أيها الذين آمنوا » .

(١) راجع المقال القيم للاستاذ الشيخ اي زهرة في الاقتصاد الاسلامي في مجلة رسالة الاسلام عدد ٢/١١ ص ١٣٥ وما بعدها ، وثبت تفصيل لهذا في هذا الموضوع
 ليس هذا مقام بحثه ، ويكتفي هنا بالذكر في اثبات الملكية الجماعية .

(٢) المواقفات ج ٤ ص ٣٥٢ وما بعدها ، الطرق الحكيمية ص ٢٨٦ وما بعدها
 النوري على مسلم ج ٣ ص ٨ ، بداية المعتقد ج ٢ ص ١٣٨ .

(٣) الاعتصام ج ٢ ص ٢١ .

على أن المسئولية الجماعية التي قررها الرسول ﷺ في قوله « كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته » تثبت ذلك، وما حديث السفينة عنا ببعيد، اذ قرر مسئولية الجماعة عن أعمال الفرد، ووجوب رقابتها على تلك الاعمال؛ ومنعه من ممارستها، ولو كانت ناشئة عن حق أو اباحة ، اذا ترتب عليها ضرر بهم او بطائفة منهم او بأهل بلد^(١) .

هذا وجعل الاصوليين حق الله - وهو كل ما يتعلّق به النفع العام - قسماً للحق الفردي - حق العبد - ما يؤكّد اعتبار الفقه الاسلامي المصلحة العامة كأداة اساسياً في التشريع تدور جملة من أحكامه على رعايتها ، والتنسيق بينها وبين المصلحة الخاصة .

وهذه الاحكام ترمي الى التنسيق بين المصلحة العامة والخاصة بالتوافق بينهما أو لاً ما امكن ، رعاية للحقين ، واذا تعذر فبتقديم المصلحة العامة ونضرب مثلًا للتوفيق بين الحقين منع الاحتكار اذا أدى الى الضرر بالجماعة في الازمات ، حيث يجبر المحتكر على البيع رعاية لحق العامة ، ويعطى ثمن المثل رعاية لحقه ، وكذلك ايجاب التسعير اذا تغالي ارباب السلع تغاليًا فاحشاً في الاسعار، فان لولي الامر اجبار التجار على البيع بالثمن الذي يحدده اهل الخبرة رعاية للحقين .

لا يقال ان في التسعير معارضه للاصل العام ، وهو ان الناس مسلطون على اموالهم بقتضى النص ، وهو قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم^(٢) » وقوله ﷺ « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيبة من نفسه » لانا نقول : « ان على ولی الامر رعاية مصلحة الامة، وهي أولى من رعاية مصلحة الفرد بالاجماع ، لأن في ذلك دفعاً لضرر اكبر ، وهذا الدفع هو ما تقتضيه مقررات الشريعة من

(١) وذلك موكولاً إلى ولی الامر، وهو يقيم من يعاونه في هذه الرقابة ، ومن ابرز من يضطلع بمراقبة التموين والبيوع ، ويقوم بحفظ الامن وازالة المنكرات على النحو الذي يقوم به الشرطة ، والى الحسبة ، ونظام الحسبة معروف في الاسلام ، وبالجملة هو نظام قائم على الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ورعاية المصلحة العامة .

(٢) النساء ٤ آية ٢٩ .

«أن الضرر الخاص يتتحمل لدفع ضرر عام»^(١) وقد سبق أن نقلنا عن الأصوليين
ما يؤيد ذلك^(٢).

على أن المصلحة الفردية لم تهدى هنا؛ لأن المخنكر إنما يجبر على البيع بشمن المثل،
وفي هذا تتحقق العدالة، ودفع لتحكم التجار، والتحكم ظلم، لما يفضي إليه من ضرر
عام، والظلم والضرر محظمان بالنص.

على أن الشريعة تراعي مواطن الضرورة أو شدة الحاجة إليها من اعاقة، فتجعل
منها قيداً يرد على استعمال الحقوق إلى حد يصل إلى سلب الحق في بعض المذاهب،
فقد جاء في مذهب الإمام أحمد كما يحكيه ابن القيم، أن قوماً إذا اضطروا إلى
السكنى في بيت انسان لا يجدون سواه، أو النزول في خان ملوك، أو استعارة
ثياب يستدقون بها، أو رحى للطعن، أو دلو لزع الماء، أو قدر، أو فأس،
أو غير ذلك، وجب على صاحبه بذلك بلا نزاع؛ لكن هل له أن يأخذ عليه أجر؟
فيه قولان للعلماء، وهما وجهان لاصحاب أحمد، ومن جوز لهأخذ الاجرة حرم
عليه ان يطلب زيادة على اجرة المثل. قال شيخنا - يعني ابن تيمية - والصحيح
انه يجب عليه بذل ذلك مجاناً، كما دل عليه الكتاب والسنة، قال تعالى :
«فوييل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون، الذين هم يراؤون وينعون الماعون»
قال ابن مسعود وابن عباس وغيرهما من الصحابة «هو اعارة القدر والدلو والفالس
ونحوها»^(٣). وفي الصحيحين ، عن النبي ﷺ ، ذكر الحيل - قال : «هي لرجل
أجر ، ولرجل ستة ، وعلى رجل وزر - فاما الذي هي له أجر : فرجل ربها

(١) مجلة الاحكام العدلية مادة ٢٦ وراجع ايضاً مادة ٢٩ . بختار اهون الشربين
ومادة ٢٨ اذا تعارض مفاسد فان ... النج راجع وجة نظر فريق من العلماء في عدم
جوائز التعسیر اعتقاداً على ظاهر النصوص وتوجيهه ادلة - قبل الاوطار ج ٥
ص ٢٢٠ .

(٢) المواقفات ج ٢ ص ٣٨٥ .

(٣) الطرق الحكيمية لابن قيم الجوزية ص ٣٠٥ .

في سبيل الله^(١) ، واما الذي هي له ستر - فرجل ربطها تغنىً وتعفناً، ولم يذسْ
حق الله في رقبتها ولا في ظهورها .

فتحن نرى ان فريقاً من العلماء أوجب على المالك ان يبذل للناس ما بلغت
بهم الحاجة اليه مجاناً ، ذلك لأنهم رأوا أن من الواجب عليه احياء النفوس .
وفي هذا المعنى ايضاً ورد عن رسول الله ﷺ ما يزيد الاصل السابق من
تقيد الحق اذا استند الحاجة بفرد او افراد ، فما بالك اذا حافت الشدة او
الضرورة بالامة ? وليس المقصود بالضرورة هنا ان يبلغ الحال بالناس حد استباح
به المحظور - فذلك امر لا نزاع فيه بين العلماء ، بدليل قوله تعالى « وقد فصل
لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » واصبح مقرراً في الدين بقاعدة معروفة
ان « الضرورات تبيح المحظورات » لكننا نقصد شدة الحاجة ، فالحاجة
ـ لا الضرورة - مصلحة عامة^(٢) - ايضاً، وال الحاجة اقل وطأة على الناس من الضرورة ؟
لان معناها ، ان يقع الناس في مشقة يعسر الانفكاك عنها ، ومن المقرر فقها - ان
المشقة تحجب التيسير^(٣) .

وقد ورد عن الرسول ﷺ ما يفيد نفي الحق للمالك في الاستبداد بذلك في هذا
الظرف ، بالنظر لمعنى الاجتماعي الذي صوره الاسلام ثارة « بالآخرة » التي هي
ثرة « الاعيان » وتارة بالبيان المرصوص الذي يشد بعضه بعضاً ، وتارة « بالجسد
الواحد اذا استكى منه عضو قد ادعى له سائر الاعضاء بالسم و الحمى » كل هذا
التصوير لمعنى التضامن او التكافل الاجتماعي في ستى مرافق الحياة - لافي التضامن

(١) وسبيل الله هو النفع العام للسلفين او الصالح العام ، المرجع السابق .

(٢) الطرق الحكمة لابن قيم الجوزية ص ٣٠٧ حيث يقول « حاجة المسلمين
مصلحة عامة » .

(٣) راجع مجلة الاحكام العدلية مادة ٢١ . يراجع الاشباه والناظر للسيوطى
ص ٨٩ - ٩٠ في تخصيص النهى بالمصلحة ، والذي أخذ به الشافعى على ان الفائلين بالمصلحة
اشترطوا اولا : ان تكون حاجة متزلة منزلة الضرورة ، وثانيا - ان يكون النص ظنناً
مكافئاً لظنية المصلحة الحاجية - وقد ضربنا لذلك الامثلة من جميع المذاهب .

المادي فحسب ، ليجعل من الحق مفهوماً ينفي عنه التسلط القاهر ، والاستبداد المطلق ، وهو المعنى الذي جاءت به فلسفة المذاهب الفردية كما ذكرنا^(١) ، فقد ورد عن الرسول ﷺ انه قال : ان الاشعريين اذا ارملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة ، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ، ثم اقسموه بينهم في اداء واحد ، فهم مني وانا منهم^(٢) .

ويصور الإمام الشاطبي هذا المعنى الاجتماعي في التسوية والاستراك اذ يقول : «وذلك ان مسقط الحظ هنا قد رأى غيره مثل نفسه ، و كأنه آخره او ابنه او قريبه او يتيمه ، او غير ذلك من طلب بالقيام عليه ندبا او وجوبا ، وانه قائم في خلق الله بالاصلاح والنظر والتسديد ، فهو على ذلك واحد منهم ، فاذا صار كذلك لم يقدر على الاحتجاج لنفسه دون غيره من هو مثله ، بل من أمر بالقيام عليه ، كما ان الأب الشفيف لا يقدر على الانفراد بالقوت دون اولاده ، فعلى هذا الترتيب كان الاشعريون رضي الله عنهم ، فقال عليه الصلاة والسلام «فهم مني وانا منهم» لانه عليه الصلاة والسلام كان في هذا المعنى الامام الاعظم ، وفي الشفقة الاب الأكبر ، اذ كان لا يستبد بشيء دون امته^(٣) .

الفرع الثاني

السبعين: لا تعرف التصرف المطلوب في الحق الذي لا يربغي الصالح العام فالفرد والاستبداد المطلق بالتصرف بالحق ومنافعه لا يعرفه الاسلام ، واما بحث على الاستراك والتسوية ، بل يعرف درجة اسمى ، ويحمل الفرد

(١) راجع ص ١ وما بعدها .

(٢) المواقفات ج ٢ ص ٣٥٤ المرجع السابق ص ٣٥٣ .

(٣) المرجع السابق .

عليها اليمان المطلق بالله تعالى، وهي درجة «الإيثار» «ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة» وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور في المعنى الاجتماعي للحق، بل لا أظن أن تشرعاً قد قام على مثل هذه الأصول من تقيد الحق الفردي قضاء بما يحفظ حق الغير من الفرد أو الجماعة عند التعارض، أو في ظروف الازمات وال الحاجة بلدية الضرورة، فضلاً عما يجمع المعنى الروحي والخلقي بالفرد إلى درجة اسقاط حظ النفس في الحق تفضيلاً وإيثاراً للغير عليها ، امتيازات من قوله تعالى:

«ما عندكم ينفد وما عند الله باق» .

«وقد جاءت السنة أيضاً بما يؤكّد نفي السلطة المطلقة في «الحق» وقت الحاجة؛

فقد روى مسلم في صحيحه عن أبي سعيد الخري قال : بينما نحن في سفر مع رسول الله ﷺ ، اذ جاء رجل على راحلة له - قال - فجعل يصرف بصره بينما وشمالاً - فقال رسول الله ﷺ : «من كان معه فضل من ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان معه فضل من زاد فليعد به على من لزاد له - قال - فذكر من أصناف المال - ماذكر ، حتى رأينا انه لاحق لأحد منا في فضل ... » وفي الحديث ايضاً: «ان في المال حقاً سوى الزكاة» ومشروعية الزكاة والإفراط والعريمة والمنحة وغير ذلك^(١)، مؤكّد لهذا المعنى، وجبيه جاري على اصل مكارم الأخلاق وهو لا يقتضي استبداداً

فالإمام الشاطبي ينفي صراحة ان يكون الحق سلطة مطلقة او استبداداً مطلقاً بمنافعه وضراته ، وبذلك ينتفي معنى الفردية المطلقة في الحق ، ويثبت بما لا يدع مجالاً للشك المعنى الاجتماعي في أقوى صوره من التسوية والمشاركة لاعلى سبيل الجواز او الندب ؛ بل وعلى سبيل الوجوب ايضاً. اذا اقتضى الأمر في ظروف الضرورة وال الحاجة، وفيما ورد عن الرسول عليه الصلاة والسلام ما يصور أنه اسوة في ذلك، لأن في درء المفسدة عن الجماعة وجلب المصلحة لهم هو الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة؛ بل هو المبرر الاكبر لإلقاء مقاييس السلطة العامة بيدولي الأمر.

(١) المرجع السابق .

نخلص من هذا ، الى أن الشريعة لا تعرف بالحق الفردي كسلطة مطلقة يصرف فيها صاحبها كيف شاء وفق رغبته ، وإنما تعرف به في حدود المحافظة على حق الغير فرداً كان أم جماعة ، لأن حق الغير يحافظ عليه شرعاً ، وعلى هذا فليس للفرد مطلق التصرف بمحضه ، وقد جاءت أدلة من الكتاب الكريم والسنة المطهرة تحرم استعمال الحق بقصد الضرار بالغير صراحة ، كما أنها تجعل للغير نوع مشاركة في الارتفاع بحق الملكية .

اولاً : الادلة على النهي عن استعمال الحق بقصد الضرار :

أ - النهي عن استعمال حق الآياء : وهو تصرف في حق الملكية بنية الضرار بالورثة ، في قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار » ب - النهي عن استعمال حق الرجعة بقصد الضرار بالملكية ، لتطويل العدة عليها ، او بقصد حملها على التنازل عن صداقها كله او بعضه ، في قوله تعالى : « ولا تسکوهن ضرار التعبدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

ج - النهي عن ان يضار كل من الوالدين الآخر - بسبب الولد - في الرضاع - في قوله تعالى : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » .

د - قضاء رسول الله ﷺ على سمرة ابن جندب « بقلع نخنته » من بستان الانصاري حين أصر على الضرار - بهذا الأخير ، ولم يرض الحلول التي عرضها عليه الرسول ﷺ توفيقاً بين الحلين ، فدل ذلك على أنه يقصد الضرار ، ويصر عليه في استعمال حقه ، فكان الجزاء ما رأينا ، وعلل الرسول ﷺ حكمه بالضرر بقوله: «أَمَا أَنْتُ مَضَارٌ» اي قاصد الضرار، وهذه القضية تعتبر اصلاً كاملاً في نظرية التعسف .

ه - منع الاحتكار ، واجبار المحتكر على البيع بثمن المثل لنفي الضرر عن العامة ، في قوله ﷺ « لايحتكر الا خاطيء » ومنع ما في معنى الاحتكار

من تلقي السلع ، وببيع الحاضر للبادي ، كما قدمنا من اجل المصلحة العامة^(١) ولو لم يكن الضرر مقصودا ، فمع القصد يكون ممنوعا من باب اولى^(٢) .

ثانيا - لغير - فردا كان ام جماعة - نوع مشاركة في الارتفاق بذلك المالك:

ولو رحنا نستقصي الادلة التي تقرر حق الغير في الارتفاع بحق المالك ، شريطة الا يلحق بهذا الأخير ضرر هو اشد من ضرر الغير ، لأعيانا حصرها ، فمن ذلك :

أولاً - انه ورد في الصحيحين عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبته على جداره »^(٣) .

وهذا يفيد وجوب بذل منافع الاموال للمحتاج . وبالوجوب اخذ فريق من الفقهاء كسيأتي بسط ذلك في موضعه^(٤) .

ثانيا - ومن ذلك،قضاء عمر - رضي الله عنه - على محمد بن مسلمة باجراء الماء في ارضه لمصلحة جاره ، مادام الأول لا يتضرر من هذا الارتفاع ، وبلغ الامر بعمر رضي الله عنه في تأكيد الإجبار ، ونفي التعسف في استعمال الحق ، أن أصدر قضاءه في صورة « قسم » يدل على مبلغ انكاره للتعسف « والله ليمرن به ولو على بطنيك » وهذا الحكم لدفع الضرر عن الفرد من جراء التعسف ، ففي دفع الضرر عن الجماعة يكون الحكم اوجب .

ثالثاً - ومن ذلك أيضاً ماذهب اليه بعض الفقهاء من القول بتحريم احتكار منافع البدن اذا احتجت الامة الى ذلك في الزراعة او الصناعة وغيرها ، فاذا كان الاحتكار في السلع محراً ، فالاحتكار في المنافع محروم

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

(٢) سيأتي بحث هذه الادلة بالتفصيل ، وعرض آراء الفقهاء في بحث الادلة على نظرية التعسف .

(٣) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٥٩ و ٢٦٠ كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ ،
الطرق الحكيمية ص ٣٠٦ ، المنتقى ج ٦ ص ٤٣ .

(٤) في بحث أدلة النظرية من السنة المطبرة .

ايضاً لتحقق علة التحرير ، ولقوله عليه السلام « لا ينتكر الا خاطيء ». .
وعلى هذا فالعمال والصناع وسائر الحرفيين وارباب الكفاءات ، اذا امتنعوا عن العمل الا بأجر فاحشة ، والناس في حاجة الى منافعهم وخبرائهم ، اجهوهم ولي الأمر على العمل بأجر المثل ، لأن الزيادة على اجر المثل حرام ^(١) ، توفيقاً بين الحقين .
يقول ابن القيم تحت عنوان إلزام الصانع قبول أجر المثل : « ومن ذلك أن يحتاج الناس الى صناعة طائفية - كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك - فلو لي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم ، فإنه لا تم مصلحة الناس إلا بذلك » وذلك ؛ لأن إقامة المرافق في الدولة واجبة على رئيسها ومعاونيه ^(٢) ، ولا يتم هذا الواجب إلا عن طريق العمال والصناع ، ومن المقرر في الشريعة ، أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ؛ لهذا جاز لولي الأمر التدخل تزولاً على مقتضيات المصلحة العامة التي وضعت السلطة العامة في يده من أجل تحقيقها ، ويقاس عليه كل ما يؤدي استعمال الحق فيه الى ضرر بالمصلحة العامة .

وعلى هذا ، فالتدخل لا يعني الافتئات على الحق الفردي ظلماً أو عدواناً ، وإنما يعني قوة إشراف الدولة على تنسيق الحقوق المتعارضة ، وترجيح المصالح الذي تقضي به قواعد الشريعة من دفع الضرر الأشد ، وإلا لزم أن يبقى التعارض قائماً ، والمصلحة العامة مهددة ، وهذا ما لم يقل به أحد من العلماء ، بل وما تأبه روح الشريعة ومقاصدها ، وما يصطدم مع القواعد الحكمة المقررة في الشرع التي لا يستطيع أحد فيها جدلاً .

ويحكم التدخل كما قررت في أكثر من موضع ، قاعدة « يختار أهون الشررين » ^(٣) وقاعدة « الضرر الخاص يتتحمل الدفع ضرر عام ». غير أنها لانتكرا ، أن هذا مسلك صعب يجب فيهأخذ الحيطة والحذر في التطبيق ، عن طريق المختصين وأهل الخبرة من المؤمنين .

(١) الطرق الحكيمية ص ٣٠٥ ، المرجع السابق ص ٢٨٩ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) مجلة الأحكام العدلية مادة ٢٩ ، المرجع السابق .

المبحث الثالث

الواقعيّة في نظر الإسلام إلى المال

ومن الواقعية في الفقه الإسلامي اعتبار المال من مقومات^(١) الحياة الإنسانية، وما به صلاحها ، ولذا جعل المحافظة عليه من مقاصد التشريع الأساسية - الضروريات - فهو وسيلة إلى الخير والبر - «لن تتألوا البر حتى تنفقوا مما تحبون» «وأتى المال على حبه» - وبهذا النظر الواقعي سمي خيراً «وانه حب الخير لشديد» .

الفرد في المال مختلف - انفاقه و التعمير :

ولكي يعرى الإسلام الفرد بتأندية وظيفة المال من الإنفاق في وجوه البر والصالح العام والخاص ، ومن ثميره وتنميته خشية أن يفني أو لا يفي^(٢) ، جعله وكيلًا مستخلفاً عن الله تعالى فيه ، لأن المال مال الله بحكم الخلق والإنشاء ، والخلاقة الإنسانية في المال هي مصدر الالتزامات الإيجابية والسلبية التي فرضها الإسلام على حائز المال نهوضاً بأعباءها ، وامثالاً لما صدر عن المستخلف من أوامر ونواه . فإذا كانت المالكية تغري بالضن والشح ، فإن الوكالة والنيابة تهون من أمر الإنفاق ، وهذا المعنى يجلبه قوله تعالى : «آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه»^(٣) .

(١) البقرة آية ١٧٧/١

(٢) المواقفات ج ٤ ص ٢٨ وما بعدها .

(٣) الحديـد آية ٧/٧ .

يقول الزمخشري : « يعني أن الأموال التي في أيديكم ، إنما هي أموال الله بخلقه وإن شأنه لها ، وإنما خولكم إياها ، أو خولكم الاستمتاع بها ، وجعلكم خلفاء في التصرف فيها ، فليست هي أموالكم في الحقيقة ، وما أنتم فيها إلا عبزلاة الوكلاء والنواب .. فأنفقوا منها في حقوق الله ، ولهم من عليكم الإنفاق كم يهون على الرجل النفقة من مال غيره اذا أذن له فيه »^(١) .

الإنفاق في حدود الشرع ، والتثمير وظيفة اجتماعية للمال :

فالإنفاق والتمير وظيفة اجتماعية جعلها الإسلام تكليفاً شرعاً ؛ بل جعل وجوب الإنفاق من مقتضى الإيمان بالله ورسوله .

« آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا بما جعلكم مستخلفين فيه » .

ويقول الفخر الرازي : وان الفقراء عباد الله ... والاغنياء خزان الله ، لأن الأموال التي في أيديهم أموال الله ، ولو لا أن الله تعالى ألقاها في أيديهم لما ملکوا منها حبة ... فليس بمستبعد أن يقول الملك خازنه : اصرف طائفة مما في تلك الخزانة الى المحتاجين من عبدي^(٢) وبهذا يظهر جانب من وظيفة المال الاجتماعية في نظر الشريعة ، وهي الإنفاق في سبيل الصالح العام ، والاستخلاف - كما ذكرنا - يقتضي امثال أمر المستخلف المالك الأصيل ، في الإنفاق في الوجوه المرسومة ، والإنفاق في غير هذه الوجوه تعسف وظلم ، كما أن الإيمان يقتضي الامثال في التصرف حسبما سن الله تعالى ورسم^(٣) .

وهما يؤكد وظيفة المال الاجتماعية أمران :

(١) الكشاف ج ٣ ص ١٦٢ ، تفسير البيضاوي ص ٧١٥ في تفسير سورة الحديد آية ٧ .

(٢) تفسير الفخر الرازي ، سورة الحديد / آية ٨ .

الأول : أن تضييعه في غير مصلحة حرم ، فاستعمال حق الملكية مقيد بالوجوه التي رسماها الشارع الحكيم .

يقول القرافي : « فجبر الرب تعالى برحمته على عبده في تضييع ماله الذي هو عونه على أمر دينه ودنياه وأخرته ، ولو رضي العبد باستقطاع حقه في ذلك لم يؤثر رضاه^(١) » « وكذلك حجر الرب تعالى على العبد في القاء ماله في البحر وتضييعه من غير مصلحة ، ولو رضي العبد بذلك لم يعتبر رضاه^(٢) ».

وفي الحديث : « نهى رسول الله عن قيل وقال وشكراً السؤال واضاعة المال » .

ولذا كان مكلفاً بتنمير المال على اعتبار أن عدم التثمير من إضاعة المال ، أما إنفاقه في وجوه البر العامة فليس الغرض فيه مقصورةً على الزكاة بما هي حق يصرف في مصارفه المعروفة، بل يتقرر حق الجماعة في مال الفرد بما يسد الضرورة وما يدفع الحاجة ، ولا سيما إذا داهم البلاد خطر محقق، وخلأ بيت المال ؛ إذ نجد السنة تقرر « أن في المال حقاً سوى الزكاة ».

يقول الإمام القرطي : واتفق العلماء على أنه إذا نزلت بال المسلمين حاجة بعد أداء الزكاة ، فإنه يجب صرف المال إليها - قال مالك رحمه الله « يجب على الناس فداء أسراهم وإن استغرق ذلك أموالهم وهذا لجماع أيضاً^(٣) » وروى أبو عبيد في الأموال وابن حزم في المثلث :

(١) الشاطبي ج ٢ موافقات ص ٣٢٢ المأمور .

(٢) لأن المال تعلق به مقصد أساسى من مقاصد الشريعة ، فالمال ، وإن كان للفرد فيه حق إلا أن حق الله هو الغالب، فلا يجوز هنا استقطاع الفرد حقه لانه يؤدي إلى اتساقط حق الله مغلب، وذلك لا يجوز.

(٣) ج ٢ القرافي ص ١٤١ .

(٤) الجامع لاحكام القرآن ج ٢ ص ٢٤٢ .

« عن أمير المؤمنين عليٰ كرم الله وجهه ، أنه قال : إن الله تعالى فرض على الأغنياء في أموالهم بقدر ما يكفي فقراءهم، فانجاعوا أو عروا أو جهدوا فبمنع الأغنياء ... وحق على الله تعالى أن يحاسبهم يوم القيمة ويعذبهم عليه^(١) . و تتلخص النظرة الواقعية للمال في الشريعة الإسلامية في :

١ – أن المال لله تعالى ، والفرد مستخلف يؤدي وظيفته الاجتماعية اتفاقاً وتنمية وتشميرًا في الحدود المرسومة .

٢ على ان هذه النيابة لاتعني انتقاء مصلحته الخاصة في هذا المال؛ بل هي المنظور اليها أولاً، فقرار الشريعة الإسلامية لحق الملكية اصبح امراً معلوماً من الدين بالضرورة، والادلة على ذلك مبشرة في الكتاب والسنة سندٌ كرهافي موضعها، ولكن استعماله لحق الملكية مقيد بمنع الاضرار بالغير ، وتقوم نظرية التعسف باقامة التوازن بين المصلحة العامة والخاصة على النحو الذي بيناه آنفاً .

الثاني: ان النيابة والخلافة في التصرف في المال – وهو مال الله والجماعة – التي تصح اذا كان النائب او المستخلف ذا اهلية كاملة ، اما اذا كان عديها او ناقصها لصغر اوعته او سفه حجر عليه في التصرف فيه؛ اذ ليس في وسعه اداء وظيفته وهي التنمية والتشمير او الانفاق في الوجوه المشروعة ، وفي ميزان التوسط والاعتدال . قال تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياماً » وفي اضافة المال الى ضميرا الجماعة اشارة الى أن الفرد نائب عنها في التصرف ، وأشارت الى مسؤولية الجماعة عن تصرف الفرد سفهياً في مالها .

قال الامام ابو بكر بن العربي: « لان الاموال مشتركة بين الخلق ، تنتقل من يد الى يد ، ومن ملك الى ملك . وهذا – أي قوله تعالى : ولا تؤتوا السفهاء اموالكم . كقوله تعالى : ولا تقتلوا انفسكم – معناه لا يقتل بعضكم بعضاً .

(١) الاموال لابي عبيد ص ٩٥ ، الملحى لابن حزم ج ٦ ص ١٥٨ ، الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ٢١ .

يقتل القاتل فيكون قتل نفسه ، وكذلك اذا اعطى المال سفيهاً فأفسده ، رجع
النقطان الى الكل^(١) .

فإذا كان من وظيفة الفرد في المال انفاقه في وجوه الخير والصالح العام
كما تقدم ، فمن وظيفته ايضاً تشييره وتنميته ؛ لأن ذلك ضرب من صياته والمحافظة عليه .
ويقول الزمخشري في السفهاء : « انهم المبذرون اموالهم الذين ينفقونها فيما
لا ينبغي ، ولا يد لهم باصلاحها وتشييرها والتصرف فيها » .

فالسفه يشمل معنيين :

١ - انفاق المال فيما لا ينبغي .

٢ - وعدم القدرة على تشييره وحسن التصرف فيه .

فالسفه فقد اهلية في تشيير مال الجماعة ، اي اخل^٣ بالوظيفة الاجتماعية ،
فالجماعة يتأثر بما ينال مال الفرد بسبب السفه في النفقه او سوء الاستغلال .

الفرد مأمور بالاعتدال في نفقته الخاصة حتى في وجوه البر لما يأتي :

اولاً - ان الفرد مقيد الحق في الانتفاع بالماه والاستمتاع به من المطعم
والشرب والملابس ، قال تعالى : « وكلوا واشربوا ولا تسرفوا اذ لا يحب
المسرفين » وقال تعالى : « والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان ذلك
قواماً » وقال تعالى : « ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط
فتتعد ملوماً محسورة^(٢) » والى هذا يشير الشاطبي بما معناه : فانتفاع العبد
بالطيبات جعله الله حقاً من حقوقه ، اي حقوق الفرد ، قال تعالى : « قل من
حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هي للذين آمنوا » .
 يجعل ذلك حقاً له ؟ لكن لا مطلقاً ؟ بل حسبما سن له ورسم^(٣) .

ثانياً - والفرد مقيد في استعمال المباح حتى في وجوه البر : من صلة القربي

(١) احكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ١٣٣ .

(٢) الاسراء : ٢٧/٢٦ .

(٣) المواقفات ج ٢ ص ٣٢٢ و ص ٣٢٣ ، وانظر المائض ايضاً .

والمساكين ، وابن السبيل ، قال تعالى : « وَاتَّ ذَا الْقُرْبَى حَقَهُ ، وَالْمَسْكِينُ ، وَابْنُ السَّبِيلِ ، وَلَا تَبْدِرْ تَبْدِيرًا ، إِنَّ الْمُبَدِّرِينَ كَانُوا إِخْرَانَ الشَّيَاطِينَ ، وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كُفُورًا ». .

وروي ان رجلاً اتى النبي ﷺ ببعضة من ذهب اصابها في بعض المغانم، فقال: خذها مني صدقة ، فأعرض ﷺ عنها ، حتى كسر مراراً ، فقال هاتها مفضباً ، فأخذها فحذفها حذفاً لو أصابه لشجرة ، ثم قال : يأتي احدكم بالله كله يتصدق به ويجلس يتکلف الناس ، اما الصدقة عن ظهر غنى^(١) .

ثالثاً - ان المال - اذا كان له وظيفة اجتماعية - وجب استعماله فيما يحقق هذه الوظيفة ، وهذا الواجب ذو وجهين : الاجياني وسلبي .
أ -اما الاجياني: فهو الانفاق ، في سبيل الله. وهو الصالح العام ، فضلأعن اداء ما فرض الله فيه حقاً للفقراء والمصارف الاخرى للزكاة ، لأن « في المال حقاً سوى الزكاة » .

ب - وواجب الاجياني أيضاً ، وهو التثمير والحفظ والتنمية، وقد مر بنا قول القراء في تحريم تضييع المال والقائمه في البحر عيناً ولو رضي صاحبه ، ذلك؟ لانه ينافض هذا الواجب الاجياني من الوظيفة ، وهو الحفظ والتنمية والتثمير ، حفظاً لحق الفقير والثروة العامة ، لذلك اعتبر من حق الله خالصاً في حق الفرد ، فلا يجوز اسقاطه^(٢) ، كما اشرنا الى قول (الزمخشري) ان الحجر على السفهاء لعلة انهم عاجزون عن الاصلاح والتثمير ، اي فقدوا اهلية ذلك ، فتبين ان الحجر عليهم تعطيلهم هذه الوظيفة .

ثم ألا يعتبر اهمال المال - كامال زراعة الارض - وحبس المال عن التداول ، باكتنازه - دون توظيفه كوسيلة للاقتاج - تضييعاً للمال النهي عنه بالنص ، الواقع ان تحريم الاكتناز يشير الى هذه الوظيفة .

(١) انظر تفسير البيضاوي ص ٤٧ .

(٢) المواقفات ج ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها .

ثم اذا كانت حالة البلاد تقتضي هذا التسخير والتسمية كفاء حاجة اهلها من الرزق ، وكان التفاس عن ذلك يقع في عسر ومشقة ، أليس من المصلحة اذن حمل هؤلاء على القيام بواجبهم هذا ، اداء حق الفقراء من جهة ، وجماعة المسلمين بعامة من جهة أخرى ، واذا كان لا يجبر أحد على ان يتصرف في ملكه ؛ أفلان يخص منها هذه الحالة بالمصلحة ، اذ المصلحة الحاجة اذا بلغت مبلغ الضرورة تخصص النص ، كما نقلنا ذلك عن السيوطي « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت ام خاصة » فانها تعتبر وتخصص بها النصوص ، وأورد امثلة على ذلك^(١) ونقصد بالحاجة المنزلة الضرورة ما يعم بلواهما ، ويغلب عسر الاتصال عنها ، بحيث لم تتحقق لوقع الناس في ضيق شديد وحرج عظيم .

والواقع ان تخصيص النص العام بهذه المصلحة ليس تخصيصاً بالمصلحة مجرد بل بالنصوص النافية للحرج ، مثل قوله تعالى :

« ما جعل عليكم في الدين من حرج » وقوله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ومن فروع هذا الاصل :

١ - هدم الابنية لتوسيع المجرى العام اذا تعين لذلك ، لازالة الضرر ، وهو تخصيص للنص العام القاضي بحرمة الاموال في قوله ﷺ « ان دماءكم واموالكم واعراضكم عليكم حرام » .

٢ . التسخير الجبري اذا غلا^(٢) السعر ودعت اليه حاجة الجماعات ، لما قدمنا.

٣ - اجبار الصناع على العمل باجر المثل اذا خيف ان تعطل المصنع ، وهذا تخصيص للنصوص العامة الموجبة للرضى في العقود ، كقوله ﷺ « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه » بل ويعاقبون اذا امتنعوا منعا من احتكار المنافع .

(١) وهو شافعي المذهب ، والشافعية اقل المذاهب اخذها بعيداً المصلحة ، ومع ذلك قالوا بان المصلحة الحاجة تخصص النص ، الاشيه من ٨٩ و ٩٠ السيوطي .

(٢) الطرق الحكيمية من ٢٨٩ وما بعدها .

٤ - اجبار المالك على أن يسكن في بيته^(١) من لاماوى له اذا كان فيه فراغ متسع ، ولا يتضرر المالك ، ، كما نقلنا ذلك عن ان قيم الجوزية .

٥ - فرض الامام العادل ضرائب في مال الاغنياء ، بالقدر الذي يكفي لدرء خطر طارئ على البلاد^(٢) اذا خلا بيت المال ، وكان لا يدفع الا بذلك ، تخصيص للنص القاضي بتسلط الناس على اموالهم ، بهذه المصلحة .

المُسْؤُلُونَ الْفِرْدَوْيَةُ تَسْمَعُ حِرْبَةً حَقِيرَةً :

يستلخص من كل ما تقدم ان الشريعة الاسلامية توسي مبدأ المسؤولية الفردية : مسؤولية الفرد قبل نفسه ، ومسؤوليته قبل غيره ، وذلك يستتبع بالضرورة حرية مقيدة ، وقد اقمنا الادلة على ذلك ، وقلنا ان هذه المسؤولية تجعله من الناحية النظرية ذا شخصية مستقلة ، ولكنها مرتبطة بجماعة ارتباط تعاون على البر ، وتضامن في الخير المشترك والصالح العام ، كما انها تجعله اهلا للتعاقد والتملك من الناحية العملية ، فضلا عن انها من الناحية الأخلاقية والدينية تثير وجدها ، وتوجهه نحو اتقان العمل ، والصبر عليه ، والاخلاص في ادائه .

كما نرى - الى جانب السيوطي - العز بن عبد السلام يوجب إعمال المصلحة ولو لم يكن فيها نص ولا اجماع ولا قياس خاص ، اذا كانت تجلب منفعة او تدرأ مفسدة ، وينحصر بها النص ، لأن فهم نفس الشرع يوجب ذلك ؟ اذ يقول : « ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد ، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد او عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز اهمالها ، وان هذه المفسدة لا يجوز قربانها ، وان لم يكن فيها اجماع ولا نص ولا قياس خاص ؟ فان فهم نفس الشرع يوجب ذلك^(٤) ».

(١) كتاب ابن حنبل، للأستاذ أبي زهرة ص ٣٠١ .

(٢) الاعتصام للشاطبي ج ٢ .

(٣) راجع ص ٣٠ وما بعدها .

(٤) القواعد ج ١ ص ١٥٩ وما بعدها .

وقد قدمنا امثلة من عمل الأفة بالصلاحة في مقابلة النصوص الدالة على عدم قربان مال الغير والانتفاع به ؛ منعاً للتعسف في استعمال الحق ، اي منعاً للضرر اللاحق بالغير فرداً كان أم جماعة .

وإختلاصة :

أن الامتناع عن أداء وظيفة المال الاجتماعية في مثل هذه الحالات التي سقناها تعسف في استعمال الحق ، اذ التعسف كما يكون في التصرف الاجرامي ، يكون في التصرف السليبي ايضاً ، وبهذا يكون التصرف في حق الملكية ايجاباً او سلباً - اذا ادى الى الاضرار بمصلحة خاصة او عامة على النحو الذي بينا - تعسفاً في استعمال الحق ، وثور المسؤولية ، ويترتب الجزاء .



الفصل الرابع

الحق والإباحة في الفقه الإسلامي

المبحث الأول : أنواع الحقوق: الحق الذاتي ، والحق الغيري أو الوظيفي ،
- المترفة الوسطى - الحق التقديرى .

المبحث الثاني : تعريف الحق لغة - تعريفه عند الاصوليين ونقده - تعريفه
عند الفقهاء القدامى ونقده - تعريفه عند المحدثين ونقده - تعريفنا للحق وتحليله
وببيان صلته بنظرية التعسف .

المبحث الثالث : تعريف الإباحة عند الفقهاء القدامى - تعريفها عند
الاصوليين - تعريفها عند القانونيين والفقهاء المحدثين - تعريفنا للإباحة وتحليله
وببيان صلته بنظرية التعسف .

المبحث الرابع : علاقة الحق بالحكم - الحق وسيلة - الوظيفة الاجتماعية للحق

المبحث الأول

الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية والوظيفية

يرى بعض فقهاء القانون ، ان الاصل في الحقوق أن تكون المصالح فيها
ذاتية ، أي يستأثر بها اربابها ذلك ؟ لان الحق اختصاص شخص بصلة ما -

مادبة كانت أم معنوية ^(١) .

غير أن ثمة طائفة من الحقوق ، كحقوق الأسرة مثلاً ^(٢) ، لا تعود المصلحة فيها على من تقررت لهم ، لأنها عبارة عن سلطات فررها الشارع ^(٣) لبعض أفراد الأسرة على بعضهم الآخر ، تقرن بواجبات مفروضة على صاحب الحق ، والمصلحة فيها غيرية لا ذاتية ؛ إذ لم تقرر هذه الحقوق لصاحبها لرعايتها أشخاصهم ، بل لرعايتها مصلحة الأسرة بجماعتها ، ومن ورائها مصلحة المجتمع ، فالمصلحة فيها عامة .

وفي الفقه الإسلامي حق التأديب للأب على طفله مثلاً ، لا يسع الأب الامتناع عن القيام بما يفرضه عليه هذا الحق من واجب التأديب والتهذيب والتعليم ، كما لا يسعه التقصير والاهمل فيه فضلاً عن أن يتعمد اساءة توجيهه ؛ لأنَّه مأمُور برعاية الأنظر والأصلاح له ، وإلا حرِمَ هذا الحق ، ولذا يغلب على هذا الضرب من الحقوق صفة الواجب والوظيفة ، يقول الشاطبي : إنَّ الاب في طفله أو الوصي في بيته ، أو الكافل فيمن يكفله ، مأمُور برعاية الأصلاح له ^(٤) .

(١) محاضرات في نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١٤ ، نظرية الحق للدكتور الشرقاوي هامش ص ٢٤٠ .

(٢) وهي حقوق تستند في ثبوتها لربها إلى ما يوجد بين الأفراد من صلات الزوجية والقرابة كحق التأديب : تأديب الأب لصغيره ، وتأديب الزوج لزوجته . وحق الولاية على المال ، وحق الحصانة ، وحق الكفالة ، راجع الحق والذمة للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ١٨٩ و ١٩٠ .

- محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٢ ، الحق والذمة للشيخ علي الخفيف ص ٥٧ .

(٣) المدخل للدكتور البدراوي ص ٥٧٤ و ٥٧٥ .

(٤) الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٢٢ ، ويعبر بعض الفقهاء عن الامر او الوجوب ، بالطلب .

يقول قدرى ياشا فى كتابه الاحوال الشخصية مادة ٣٦٥ « يطلب من الوالد أن يعتنى بتأديب ولده وتربيته وتعليمه . . . الخ . وانظر : السريخى ج ٢ ص ٢٤٤ وفتح القدير ج ٣ ص ١٩٤ / ١٩٦ ، ونبين الحقائق للزيلعى ج ٢ ص ١٣٠ / ١٣٢ - جامع =

ويتفق الفقه الاسلامي^(١) في النظر الى هذه الحقوق مع الفقه القانوني^(٢) ، من حيث اعتبارها حقوقا تجب على اصحابها مباشرتها واستعمالها ؛ لذا تبدو هذه الحقوق مزبجا من الحق والواجب معاً^(٣) .

والحكمة الغائية في التأديب، أن الشرع قدر أن مصلحة الأسرة بعمومها، ومن ورائها مصلحة المجتمع ، تقتضي أن يكون لبعض افرادها سلطة على بعضها الآخر ، وان تؤيد بتوقيع جزاء مقدر في حدود معينة، اذا ما انحرف أو خرج على الاسرة ، وهي مصلحة ترقى الى اعتبارها حقا للمجتمع^(٤) ، أو تربو على حق الخاضع للتأديب في سلامه جسمه وصونه عن الایذاء والایلام ، وهو في الواقع استثناء من أصل عام مقرر في الشريعة ، هو عصمة الانسان عن ايذائه وایلامه.

فوضاح ادن انه حق لم يقرر ميزة للاب ؛ لتمكينه من استغلال اولاده في مصلحته الشخصية وإلا كان متعرضاً ومنحرفاً عن الغاية التي من أجلها منع هذه السلطة ، وإنما تقرر من أجل مصلحة الاولاد أنفسهم ، التي تعود بالتالي على الاسرة بأكملها .

ونضرب لذلك مثلا آخر ، حق الكفاءة؛ فهو يتعلق بالنسب وتأسيس القرابات ، فالمصلحة فيه عامة تعود على الاسرة والمجتمع ، ولذا لا يجوز الشارع عضل الولي ، أي

= الفصولين ج ٢ ص ٢٠ ، بداية المبتدء ج ٢ ص ٤ والمدونة ج ٤ ص ٥ - كشاف القناع ص ٣٧١ ج ٣ ، في الولاية على المرأة والصغير ، وانها مقيدة بالنظر والمصلحة .

(١) الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٢٢ .

(٢) انظر : نظرية الحق للدكتور جيل الشرقاوي ص ٣٦ ، وهامش من ٢٤٠ الوجيز في الحقوق المدنية للدكتور عدنان القوتلي ص ٢٩٠ ، والمدخل للعلوم القانونية للدكتور البدراوي ص ٧٥ مخاضرات في النظرية العامة للحق للدكتور احمد سالم ص ٥٢ نظرية الحق للدكتور اسحاق عاصم ص ١٤ .

(٣) الوجيز في الحقوق المدنية للدكتور القوتلي ص ٢٩٠ .

(٤) الوجيز في الحقوق المدنية عدنان القوتلي ص ٢٩٠ .

امتناعه عن تزويج من هي في ولايته من الكفاء ، لما في ذلك من تعسف يلحق
الضرر بتلك المصلحة ، اذ لم يتقدّم هذا الحق لمصلحته الخاصة ، ولذا جاز للمرأة أن
ترفع أمرها إلى القاضي؛ ليزوجها من رضيت به إذا كان كفؤاً؛ صوناً لمصلحة البنت
والأسرة على السواء ، ودرءاً للتعسف^(١) .

كأن ولي الأمر أو القاضي - وقد منح هذا الحق في حالة عدم وجود ولي خاص أو في حالة وجوده مع عضله بغير وجه حق - لا يجوز له التنازل عن حق الكفاعة هذا ؟ لأنه حق عام لجماعة المسلمين .

يقول السيوطى في الأشباه والنظائر^(٢): ليس له - لللامام ومن باب أولى القاضي وهو نائبه. أن يزوج امرأة - أي لا ولية لها - بغير كفء وان رضيت؛ لأن حق الکفاءة للمسلمين، وهو كالنائب عنهم، فلا يقدر على استقاطه^(٣) لانه كما يقول رجال القانون متعلق بالنظام العام، وتلك آية كونه حقاً عاماً .

وما قلنا في حقوق الامرة نقوله في الحدود، وهي التي سماها الاصوليون «بحقوق الله»، تعظيمها لشأنها، لما يتعلّق بها من النفع العام، واحلاء العالم عن الفساد، وصون أمن الجماعة، فالشارع اسندها الى ولادة الامر، ومن بين أن المصلحة فيها ليست راجعة الى من وكل اليه بمارستها من رجال السلطة العامة في الدولة، ولا الى فرد بعينه؛

(١) راجع في « عضل الولي » أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤٧٢ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣ تفسير الطبرى ج ٥ ص ١٨ ، افعى الوسائل ص ٢٠ ، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٥٧ .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطى الفقاعدة الخامسة « تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة ، والاشبه والنظائر لابن بجم الماده الخامسة ص ١٥٧ .

(٤) ويعلق الحموي على كلام ابن نحيم في هذه المسألة بقوله : لأن الحق العامة ، والامام نائب عنهم فيما هو أنظر لهم ، وليس من النظر اسقاط حكمهم » الاشباء والنظائر لابن نحيم ، القاعدة الخامسة هامش ص ١٥٧ ، والاعتراض في هذا جاء من قبل أن الاسقاط لامصلحة فيه ، فهو تصرف على نحو لا يتحقق المصلحة ؛ بل فيه اهداها .

بل الى المجتمع كله ، وهي حقوق مفروضة لايجيز الشرع اسقاطها^(١) او التهان في اقامتها بحال .

و اذا كانت هذه الحقوق «وظيفية » يقتون فيها الحق بواجب مفروض الاداء ، فهل تعتبر حقوقاً بالمعنى الصحيح ، أو هي مجرد وظائف محددة ؟

و اذا كانت نوعاً من الحقوق ، فهل يتصور فيها التعسف ، أو لا يمكن التمييز فيها بين التعسف وبين الخروج عن حدود الحق ؟

أبي فهراء القانون : :

أما في المسألة الاولى ، فيرى بعض فقهاء القانون ، أن الحقوق الوظيفية لا تعتبر حقوقاً بالمعنى الدقيق ، فالحق هو ما كانت فيه المصلحة ذاتية^(٢) ، ويرى آخرون منهم ، أنها حقوق في نظر القانون ، إذ لا يشترط القانون في الحق أن يكون المصلحة مقررة لصاحبها ، فقد تكون مقررة لشخص سواه ، أو للمجتمع^(٣) .

في الفقه الموسري :

أما الفقه الاسلامي ، فلا يعرف هذه التفرقة ، فسواء أكان الحق مقرراً لشخص معين ، لمصلحته الذاتية أو من أجل مصلحة الأسرة ، أم للسلطة العامة

(٢) الا في ظروف خاصة ، نص عليها الفقهاء لمصلحة راجحة ، فيجوز ارجاؤها كلما في حالة الغزو ، وذلك بنص الشارع ، كما في قول الرسول عليه الصلاة والسلام « لاتقطع الايدي في القزو » وقادوا على حد السرقة سائر الحدود ، خشية أن يلتحق المحدود بالإعدام .

(٣) محاضرات في نظرية الحق ، استاذيل غانم ص ١٤ .

(٤) اسباب الاباحة للدكتور نجيب حسني ص ٦١ ، راجع الحق والذمة ص ١٩٠ .

مصلحة المجتمع ، فهو حق بالمعنى الفقهي ، ولم نر في تقسيم الاصوليين للحق . قسماً خاصاً بالحق الوظيفي هذا ، بل جعلوا حق الله قسماً لحق الفرد .

وقد أكد هذا المعنى بعض الفقهاء المحدثين بقوله : « ويکفي في إطلاق اسم الحق على المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة إليه^(١) ». وثمة اختلاف تظهر في مجال تطبيق نظرية التعسف .

ومن اعتبرها مجرد سلطات محددة لتحقيق مصلحة الغير دائمًا ، لا لتحقيق مصلحة لصاحب الحق ، فان التمييز فيها بين التعسف وبين الخروج عن حدود الحق أمر عسير؛ بل لا يتصور فيها التعسف؛ لأن كل استعمال لهذه الحقوق لا يؤدي إلى تحقيق مصلحة الغير يعتبر خروجاً عن نطاقه ، وفعلاً غير مشروع أصلاً^(٢) .

وعندي ، أن الحقوق - على اختلاف أنواعها - مادامت قد شرعت لمصالح معينة ، فلا مردبة أن مقصد الشارع هو تحقيق هذه المصالح؛ لأنها لأجلها شرعت ، فسواء كانت هذه المصالح ذاتية أم غيرية ، فالانحراف عنها متصور؛ فلا مجال للقول بأن الحقوق الغيرية لا يتميز فيها التعسف عن الجاوزة ، إذ قد يتصور التعسف ضمن حدود السلطة ، وفي استعمال الفعل المشروع ، ولنضرب لذلك مثالاً حق التأديب ، اذا غلب على الظن أن الصغير لا يصلحه أي نوع من الضرب ، لا يجوز تأدبه ولو بغير المبرح - وهو المشروع - ذلك ؟ لأنه مadam لا يفسي الى مقصود ، فاستعمال الفعل المشروع في ذاته ، وفي نطاق الحدود التي رسمها الشرع تعسف . وقد بين هذا الأصل الأصولي الحق^(٣) العز بن عبد السلام في كتابه القواعد إذ يقول في ضرب الصبيان على ترك الصلاة والصيام وغير ذلك من المصالح:

(١) الحق والذمة ، للأستاذ الشيخ علي الحفيظي من ٣٧ .

(٢) هذا هو رأي الفقيه البلجيكي « دابان » صاحب نظرية الاستئثار ، فيما نقله عنه الدكتور جيل الشرقاوي في كتابه نظرية الحق ، انظر هامش من ٤٢٠ .

(٣) راجع القواعد للإمام العز بن عبد السلام ، ص ١٠٢ و ١٠٣ ج ١ .

«فإن قيل : إذا كان الصبي لا يصلحه إلا الضرب المبرح فهل يجوز ضربه تحصيلاً لمصلحة تأديبه ؟ قلنا لا يجوز ذلك ؛ بل لا يجوز أن يضربه ضرباً غير مبرح – وهذا هو المشروع – لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة^(١) ، وإنما جاز – أي الاستثناء – لكونه وسيلة إلى مصلحة التأديب^(٢) ، فإذا لم يحصل التأديب سقط الضرب الحقيق كي يسقط الضرب الشديد؛ لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد».

وهذا هو عين التعسف، وهو استعمال أمر مشروع – سواء كانت المشروعية أصلية أم طارئة – لا لتحقيق المصلحة التي من أجلها شرع الحق ؛ بل للعبث أو لفسدة راجحة ؛ لأن الوسائل – وهي الحقوق – لم تشرع لذاتها ؛ بل لشرتها المرجوة منها ، وكل تصرف تقاعده عن تحصيل مقصوده باطل، وهذا الأصل يمكن تطبيقه في الحدود ، وهي حقوق الله – والمصلحة فيها راجعة إلى المجتمع – علىولي الأمر إقامتها إذا تيقن أو غالب على ظنه تحقيق المصلحة العامة التي تخافها الشارع ؛ ولكن إذا تيقن أو غالب على ظنه ان إقامة هذه الحدود – في ظرف ما – لا تقضي إلى المصلحة التي شرعت من أجلها ، لا بالنسبة لفرد بعينه ، بل بوجه عام ، كان يتربت على إقامة الحد من المفسدة ما يساوي المصلحة أو يربو عليها ، فإن إقامة الحد في هذا الظرف – كالغزو مثلاً – ترجأ ، وليس في هذا إسقاط حق الله الذي لا يملك أحد إسقاطه ؛ بل فيه نظر إلى هذه الحدود بالنسبة للناس في ظرف معين ، فيرجأ إلى أن يزول الظرف ، وإلا فما معنى قول الرسول عليه السلام « لا تقام الحدود في الغزو » ؟ الحكمة الظاهرة هي درء مفسدة حادق المخدودين بأهل الشرك ، وهي مفسدة عظمى تربو على مفسدة إرجاء إقامة الحد ، أو مصلحة الردع والزجر في هذا الظرف المعين .

في إقامة الحدود أمر مطلوب منولي الأمر ، وهو إذا فعل لم يكن خارجاً

(١) أي بحسب الأصل.

(٢) أي لرجحان مصلحة التأديب على مفسدة الإيذاء .

عن حدود حقه، ولا بجاوزاً إياه؛ ولكن بالنظر إلى أن تصرفه في ظرف معين، يترتب عليه مفسدة عظمى^(١) أربى من مفسدة إرجاء إقامة الحد كان متعدساً، فـإرجاء هنا مصلحة راجحة. ويقول الإمام أبو يوسف مانصه: «لا ينبغي أن تقام الحدود في المساجد، ولا في أرض العدو».

وحدثنا الأعمش عن إبراهيم عن علقة قال: «غزونا أرض الروم، ومعنا حذيفة، وعليينا رجل من قريش، فشرب الماء، فأردناه نحده، فقال حذيفة: «تحدون أميركم وقد دنتم من عدوكم فيطمعون فيكم؟ وبلغنا أن عمر رضي الله عنه أمر أمراء الجيوش والسرايا ألا يجعلدوا أحداً حتى يطلعوا من الدرب قافلين، وكروه أن تحمل الحدود حمية الشيطان على التحريق بالكافار»^(٢).

هذا، وإذا نظرنا إلى إرجاء حد الحامل والمرضع إلى أن تضع حملها، أو يستغنى ولديها عن لبها، رأينا أن ذلك إنما كان رعاية مصلحة أدنى من مصلحة جميع المسلمين.

ولو كان هذا خروجاً عن حدود الحق لما جازت إقامته في أي وقت، لأن المجازة اعتداء، ولا يجوز الاعتداء بحال؛ لأنها ظلم.

فثبت أن التعسف يمكن أن يكون في الحقوق الغيرية، كما يكون في الحقوق الذاتية على حد سواء.

المنزلة الوسطى^(٣):

هذا وقد أشار القرافي في فروعه إلى منزلة وسطى بين الحق والرخصة، فصاحب هذه المنزلة هو «من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك» وهل يعد

(١) لا بالنسبة إلى فرد بعينه، لأن تخلف الحكمة عن العلة أمر لا يقدر في علبتها، بل بالنسبة إلى جماعة المسلمين في ظرف ما.

(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٧٨ ط أولى بولاق سنة ١٣٠٢.

(٣) الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢١٢٠.

مالكاً أو لا ؟ ذكر القرافي أنه « قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع . فالشافعى مثلاً قد انعقد له بسبب المطالبة بأن يتملك البيع بالشفعه ، ولا خلاف في أنه غير مالك^(١) .

وللمجاهد حق المطالبة بالقسمة والتمليك اذا حيزت الغنيمة ؛ لأنّه انعقد له سبب المطالبة ، ولكن هل يعد مالكاً أم لا ؟ قوله : فقيل يملك بالحوز والأخذ ، وهو مذهب الشافعى (رضي الله عنه) وقيل : لا يملك إلا بالقسمة وهو مذهب مالك رحمه الله .

ويقابل القرافي ما بين المزلة الوسطى هذه وبين الرخصة ، فيقول عن صاحب الرخصة : « من ملك أن يملك » وعن صاحب المزلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك » وينكر على الأول أن يكون مالكاً ، ويجعل الثاني محلأً للنظر^(٢) .

الحقوق التقديرية أو المطلقة^(٣) :

يتوجه الفقه الفرنسي إلى إخراج نوع من الحقوق من نطاق نظرية التعسف ، ويطلق عليها الحقوق المطلقة أو التقديرية ، وهي التي لا تخضع في دوافع استعمالها أو تنتائجها لرقابة القضاء ، بل يترك ذلك لمحض تقدير أصحابها^(٤) .

ويبرر أصحاب هذه الفكرة هذا الاطلاق والتقدير ومنهم « جوسران » بأن

(١) المرجع السابق ص ٢٠/٢١ ، ويقول الدكتور عبدالرازق السنورى : « هي دون الملك وفوق الرخصة » مصادر الحق ج ١ ص ٨ .

(٢) مصادر الحق للسنورى ج ١ ص ٦ .

(٣) اصول القانون للدكتور كيره ص ١١٤٣ و ١١٤٤ و معاشرات في النظرية العامة للحق ، للدكتور اسمااعيل غانم ط ثانية ص ١٦٧ .

(٤) اصول القانون ، حسن كيره ص ١١٤٣ .

لهذا النوع من الحقوق - كحق الطلاق، وحق الإيصاء، وحق الشريك على الشيوع، والحق الأدبي للمؤلف - حدوداً موضوعية معينة تعيناً دقيقاً يغنى عن الحدود الشخصية - البواعث والدوافع - التي تقييمها نظرية التعسف.

ويبرر بعض آخر هذه الفكرة بأن تقدير الدوافع في مثل هذه الحقوق ، أمر يستعصي على القضاء ، فلا بد أن يتوكل استعمال هذه الحقوق لغض تقدير أصحابها^(١) .

المنزلة الوسطى والحقوق التقديرية في الفقه الموسعي وصلفتها بنظرية التعسف:

والذي يعنيه ببيان المنزلة الوسطى وبيان الحقوق التقديرية ، هو مدى خضوعها لاحكام نظرية التعسف ، ولا مانع من أن نسارع الى القول بأن الشريعة الاسلامية لا تعرف هذه التفرقة بين الحقوق ، فالحقوق كافة بما يشمل الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية والحقوق التقديرية، والمنزلة الوسطى بين الحق والرخصة ، والرخص أو الحريات العامة، كل أولئك خاضع لاحكام نظرية التعسف، كما سيأتي بيانه في أدلة نظرية التعسف ، و مجال تطبيقها .

على ان ما أطلق عليه الفقه الفرنسي^(٢) اسم « الحق التقديرية » ، هو الذي وردت النصوص به مقيداً بالامتناع عن الاضرار ، كقوله تعالى : « من بعد وصيتك بها أو دين غير مضار » فكان هذا النص أصلاً من أصول نظرية التعسف

(١) محاضرات في النظرية العامة للحق ، للدكتور ابراهيم غانم ط ثانية ص ١٦٧ .

(٢) جوسران ، وهو الفقيه الفرنسي المعاصر صاحب كتاب « روح الحقوق ونسبيتها » وكتاب « نظرية التعسف في استعمال الحق » .

المبحث الثاني

تعريف الحق في الفقه الإسلامي

مقدمة :

يستدعي البحث في نظرية «التعسف في استعمال الحق» النظر في تعريف «الحق» في الفقه الإسلامي وتحليله، ومقارنته ذلك بفهمه في الفقه القانوني، لتبين ماهية هذا الحق الذي يساء استعماله، فقد جرى اطلاق كلمة «الحق» على كل ما يخول صاحبه اختصاصاً واستثناءً ب موضوعه المعين دون سائر الناس «كحق الملكية» مثلاً، كما جرى اطلاقها على الحقوق العامة والحربيات^(١) بما هو مباح للناس كافة الانتفاع بموضوعه على سبيل التساوي والاستراك دون استثناء، فيقال حق التملك، وحق التنقل، وحق السير في الطريق العام، وهكذا.

هذا، وقد رأينا القرافي في فروقه يشير إلى نوع آخر من الحق هو بنزلة وسطى^(٢) بين الحق والاباحة، كما رأينا فقهاء الغرب يأتون بتقسيم جديد للحقوق التي تورث صاحبها اختصاصاً، فيميزون بين نوعين منها:

الأول - ما كانت فيه المصلحة ذاتية، أي تعود على ذي الحق نفسه «كحق

(١) التلویح على التوضیح ج ٢ ص ٦٦ فقد ذكر ان الحقوق التي يتمتع بها الفرد باعتباره إنسانا هي « الحرية والعصمة والملكية » .

(٢) الفروق ج ٣ ص ٢٠ و ٢١ .

الملكية» وهذا الضرب من الحقوق هو الذي يتضمن مفهوم الحق بمعناه الدقيق .

الثاني — ما كانت المصلحة فيه غيرية لاذاتية، أي تعود على غير صاحب الحق ، كحقوق الأسرة، وحق السلطة العامة، فحق الولاية على النفس والمال ثابتة للولي على صغيره ، ولكن المصلحة عائدة على المولى عليه ، وحق ولد الأمر فيما يمارس من سلطة على الرعية ، لمصلحة المجتمع ، ولذا سميت هذه الحقوق غيرية أو وظيفية .

وهذا التقسيم للحقوق له علاقة بنظرية التعسف من ناحية نطاق تطبيقها ، وهو ما يسمى بتحديد مجال تطبيق النظرية ، وهو محل خلاف في الفقه القانوني لما سنعرض له بالبحث لنتبين موقف الفقه الإسلامي في هذا الصدد .

الفرع الأول

تعريف الحق وتحليله

ونتناول فيه المباحث الآتية :

- ١ — تعريف الحق لغة
- ٢ — تعريفه عند الفقهاء المسلمين ونقده
- ٣ — تعريفه عند الأصوليين
- ٤ — تعريفه عند فقهاء المسلمين المعاصرین وتحليله ونقده
- ٥ — تعريفنا للحق وتحليله

المطلب الأول

تعريف الحق

لم نر - فيما بين أيدينا من كتب الأصول والفقه الإسلامي - تعريفاً للحق جامعاً مانعاً يبين خصائصه ، وعناصره التكوينية ، ويشمل جميع أنواعه .

١ - تعریف الحق لغة :

يطلق الحق لغة على الملك والمال والامر الموجود الثابت ، او الثبوت والوجوب ، من حق الشيء اذا ثبت ووجب ، ومنه قوله تعالى : « لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون » ^(١) .

وكل ماورد من الاستعمالات اللغوية لكلمة حق يدور حول معنى الثبوت والوجوب .

المطلب الثاني

٢ - تعریف الحق عند الفقهاء :

لم يعن الفقهاء بتعريف الحق بمعناه العام في الشرع ، اعتقاداً منهم على المعنى الغوي لكلمة حق ، ولعلهم رأوا أنه من الوضوح بحيث لا يحتاج الى تعريف ^(٢) .

غير أن صاحب البحر الرائق ، عرفه بتعريف يكتنفه الغموض ، كما يلزم منه الدور ، فقال : « الحق ما يستحقه الرجل » ^(٣) فلفظ (ما) عام ، يشمل الاعيان والمنافع والحقوق المحددة ، هذا فضلاً عن ابهامها ، كما أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق ، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق ،

(١) سورة يس آية : ٨ .

(٢) الحق والدلة لالاستاذ الحفيظ من ٣٦ .

(٣) البحر الرائق ج ٦ ص ١٤٨ .

فيلزم الدور ، وهو عيب في التعريف كما يقول المناطقة .

وفي شرح المنار : أن « الحق هو الشيء الموجود من كل وجه ، ولا ريب في وجوده » ومنه قوله عليه السلام : « السحر حق والعين حق » اهـ .

وهذا كما يبدو تعريف للحق بالمعنى اللغوي . ونقل عن شرح *البخاري* مانى *البخاري*، بان الحق حقيقة هو الله تعالى بجميع صفاتاته؛ لانه الموجود حقيقة، بمعنى لم يسبق بعده عدم ، ولم يلتحقه عدم ، واطلاق الحق على غيره بجاز^(١) .

المطلب الثالث

استعمالات الفقهاء المعنى :

والمتبع لكلمة حق في استعمالات^(١) الفقهاء يرى أنهم لم يطلقوا الحق على مفهوم واحد ؟ بل على معانٍ مختلفة مأخوذة من المعانٍ اللغوية لكلمة حق .

هذا ، وأطلق الفقهاء كلمة الحق في بعض الحالات على جميع الحقوق المالية وغير المالية ، فيقولون : حق الله وحق العبد^(٢) ، وي Ridleyون أحياناً أخرى مرافق العقار ، كحق المسيل ، وحق الطريق^(٣) ، وأحياناً على ما ينشأ عن العقد من التزامات غير

(١) القاموس المحيط ح ٣ ص ٢٢١ ، وراجع في الاستعمالات الفقهية للحق كتاب الحق والذمة - للاستاذ الشيخ علي الحنيف ص ٣ وما بعدها ، وأحكام المعاملات الشرعية - المؤلف نفسه ص ٣٠ / ٣٠ والمنار وحواشيه ج ١ ص ٨٨٦ .

(٢) شرح المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .

(٣) الحق والذمة للشيخ علي الحنيف ص ٣٤ ، أحكام المعاملات الشرعية - المؤلف السابق ص ٣٠ / ٣٠ .

الالتزام الذي يعتبر حكم العقد ، فعقد البيع حكمه نقل ملكية البيع ، ومن حقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن ^(١) .

يتضح من هذه التعريفات - على ما فيها من ابهام وبعد عن تصوير ماهية الحق - أنها تدور حول المعنى الواضح للحق بعناء اللغوي من الوجود والثبوت. نعم ورد تعريف لحق الملكية للحاوي القدي فيما نقله ابن نجيم ^(٢) . بأنه « اختصاص حائز » وهو تعريف يكشف عن أهم خصيصة للحق بعناء العام ؟ فالاختلاف جنس في التعريف، والاختلاف جوهر كل حق، وهو عبارة عن علاقة او رابطة بين شخص وشيء ، او بين شخص وشخص تفتح صاحبها استثنارا على موضوعها ^(٣) .

٣ - تعریف الحق عند اصوليون :

عني الاصوليون بتقسيم الحق في « باب المحکوم به » وهو فعل المكلف الذي يتعلق به خطاب الشارع ^(٤) ، وقد قسموه الى قسمين رئيسيين : حق الله وهو « ما يتعلق به النفع العام لمجتمع العالم ، فلا يختص به واحد دون واحد ». واضافته الى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه ^(٥) ، وحق

(٤) مصادر الحق للدكتور السنوري ج ١ ص ٩ .

(٥) الاشباه والنظائر ج ١ ص ١٢١ ، وراجع المدخل الى نظرية الالتزام للأستاذ مصطفى الزرقان ج ٢ هامش ص ٣٩ .

(٦) تنبه الفقيه البلاجيكي « دايان » الى تعريف الحق بالاختصاص، أو الاستثنار، وسميت نظريته الحديثة « بنظرية الاستثنار » ، نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١٧ ، اصول القانون للدكتور حسن كفرناحض ص ٦٥٠ وما بعدها ، المدخل للعلوم القانونية للدكتور البدراوي ص ٤٤٧ .

(٧) المرأة على المرقة ج ٤ ص ٤٢٩ ، المثار وحواشيه ص ٨٨٦ .

(٨) المثار وحواشيه ص ٨٠٦ ، شرح التلويع على التوضيح ج ٢ ص ١٥٥ ، المواقف الشاطئي ج ٢ ص ٣١٥ وما بعدها ، الفروق القرافي ج ٢ ص ١٤٠ « الفرق الثاني والعشرون » .

العبد - الفرد - ، وهو ما تتعلق به مصلحة خاصة .

غير أنهم لم يتعرضوا التعريف الحق بما يزيد على معناه اللغوي، فقالوا: الحق في اللغة عبارة عن الموجود من كل وجه وجودا لا شك فيه، ومنه هذا الدين حق : أي موجود بذاته صورة ومعنى ، ولفلان حق في ذمة فلان ، أي شيء موجود من كل وجـه ، فلم يخرجوا في تعريفه كما ترى عن المعنى اللغوي .

غير أن بعضهم يقول في تعريفه^(١) « الحق الموجود. والمراد به هنا حكم ثابت» ويرد على هذا التعريف عدة أمور :

أولاً - انه ينبيء عن منشأ الحق ومصدره ، لأن الحق لا يعتبر حقاً في نظر الشرع الا اذا قرره الشارع ، وتقريره اما يكون بحكم .

ثانياً - إن الحكم ، إن أريد به خطاب الله المتعلق بفاعل المكلفين اقتضاء
او تحسيرا أو وضعا ، فالحق ليس هو نفس الخطاب على ما هو الراجح^(٢) ، وإنما هو
الأثر الثابت بالخطاب ، فعلاقة الحق بالحكم هي علاقة المسبب بالسبب^(٣)

على أنه لو أريد بالحكم الاثر الثابت بالخطاب من الوجوب والحرمة والاباحة كما هو مفهومه عند الفقهاء ، فالتعريف غير مانع ، لأن الاحكام الوضعية ، بما

(١) هو الفقيه عبد الحليم بن محمد أمين الكنوي صاحب حاشية قر الأقارب على نور الأنوار شرح المنار ج ٢ ص ٢١٦ وانظر نقد هذا التعريف ايضا في كتاب الحق والذمة ص ٣٧ والمدخل إلى نظرية الالتزام للاستاذ الورقاء ص ١٠ وما بعدها .

(٢) فالقرآن يذهب إلى أن حق الله هو أمره ونفيه أي نفس الخطاب ، وخطاب الله تعالى يقابل « القاعدة القانونية » في عرف القانون .

(٣) وفقاً للقانون كذلك يفرقون بين القاعدة القانونية وهي مصدر الحق، وبين الحق نفسه ، فالحق ليس هو القاعدة القانونية بل موضوعها ، والعلاقة بينها المسببة والسببية راجع نظرية الحق للدكتور شفيق شحاته من ١٢ .

هو شرط لشروط ، أو مانع لحكم ، أو سبب لسبب ، ليست حقاً لأحد ، مع أنها حكم ثابت ؛ فان من الأحكام ماورد على سبيل التخيير أو الندب ، وليس أي منها حقاً بل رخصة أو إباحة .

والخلاصة ان هذا تعريف بالاعم ، لأن كل حق حكم ، وليس كل حكم حقاً .

المطلب الخامس

٤ - نعرّيف الحق عند فقهاء المسلمين المعاصرین :

أورد بعض الفقهاء المعاصرين تعاريفات « للحق » مختارة لديهم ، تتناول أمهما :

أولاً - الحق « مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لها معا ، يقررها الشارع الحكيم »^(١) اول ما يؤخذ على هذا التعريف أنه عرف الحق بغايته .

فالحق بذاته ليس مصلحة بل هو وسيلة إلى مصلحة ، وتعريف الحق « بالصالحة » خطأ شائع لدى كثير من رجال الفقه والقانون على السواء ، و كأنهم نظروا إلى ما يبتغي بالحق من مصلحة ، فعرفوه بها .

على أن صاحب التعريف يذكر في كتابه « الفقه الإسلامي »^(٢) ان علماء أصول الفقه يذكرون في باب « الحكم به » وهو الحقوق بختلف انواعها ، انه - أي الحق - فعل الانسان الذي يتعلق به خطاب الشارع - أي ما يطلب

(١) الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢١١ .

(٢) المرجع السابق ص ٢١١ / ٢١٠ .

من الانسان القيام به من قبل المشرع - وهو الله تعالى - لصلاح الفرد أو المجتمع أو كلها معا، فقول المؤلف : مصلحة الفرد ، بيان للغاية ، لأن اللام للتعليل ، وهذه المقدمة لأنوصله الى ما انتهى اليه من نتيجة بقوله « واذن لنا أن نعرف الحق بأنه مصلحة ثابتة للفرد .. الخ »^(١) .

هذا ، والواقع أن وصف الاصوليين للحق بأنه فعل فيه تسامح ، اذ الفعل ليس هو الحق ، بل هو أثر للحق. وهذه الآثار قسمان : بعضها ينتجها الحق في جانب من له الحق ، وهي مضمون الحق من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وبعضا آخر التزامات ينتجها الحق في جانب من عليه الحق ، فهي موضوع الحق لا مضمونه ، فالافعال اذن آثار الحق ، وليس هي ذات الحق وجوبه^(٢) .

على أن من الآثار ما يكون التزاما بالامتناع عن عمل ، كحرمة اقلاق مال الغير في جانب من عليه الحق ، اذ يتضمنه الكف او الامتناع عن قربانه تأكيداً لمصونية حق الملكية ، وعلى أي حال ، فالافعال - ما كان ايجابيا منها أو سلبيا ، في جانب صاحب الحق او من عليه الحق - ان هي الا آثار الحق ، وليس هي الحق بالذات .

والخلاصة : أن التعريف السابق ، تعريف للحق بغايته مع ذكر أقسامه .
ثانياً - وعرف بعضهم الحق بأنه « مثبت للانسان استيفاؤه » ويقصد « مثبت بقتضي الشرع » .

(١) المرجع السابق .

(٢) نفرق بين مضمون الحق وموضوعه او محله، فمضمون الحق ما يخوله الحق لصاحب من سلطات ممارسته . اما موضوع الحق فهو محله ، كالالتزام الدائن باداء ما عليه من دين مثلا في الحق الشخصي .

وبتحليل هذا التعريف يتبدى لنا :

اولاً - انه لا يظهر جوهر الحق ؛ بل موضوعه ، فالثابت استيفاؤه شرعاً يقتضي الحق ليس هو الحق بل موضوعه ومحله ، وهو - وان أفاد التعميم في موضوع الحق ، لأن « ما » من ألفاظ العموم ، فيشمل جميع القيم والأشياء التي يستأثر بها صاحب الحق ؛ لكنه لم يفده التعميم من حيث انواع الحق ؛ اذ يثبت لغير الانسان من الاشخاص الاعتبارية كالشركتات وبيت المال والوقف ، حقوق مع أن التعريف لا يشملها ، فلو استبدلنا كلمة شخص بانسان ، لكان جامعاً ، اذ الشخص أعم من ان يكون حقيقياً او اعتبارياً .

وأيضاً التعريف غير مانع ، لانه يشمل الرخصة والاباحة ، اذ هي بما يثبت استيفاؤه شرعاً كذلك ، واطلاق الحق بمعناه الدقيق على الاباحة تجوز ، لاختلاف كل منها مفهوماً ، والتفرقة بين الحق والرخصة لها أهميتها في باب المعاملات لدى الاصوليين^(١) والفقهاء ورجال القانون على السواء^(٢) .

كما لا يشمل التعريف « حقوق الاسرة » من مثل حق الولي في تأديب الصغير؛ اذ المصلحة عائدة على غير صاحب الحق ، وهو المولى عليه .

ولو فسّرنا « ما » بسلطة او مكنة او قدرة ، وقصرناها على هذا المعنى - مع ان عمومها ينفي ذلك - لما أبان التعريف ماهية المعرف أيضاً من قبل ان هذه الامور اثر من آثار الحق .

(١) راجع هذه التفرقة مع الامثلة وما يترتب عليها من احكام - الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢١٢٠ .

(٢) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور السنوري ج ١ ص ٤ وما بعدها ، وأصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٥٦٤ و ٥٦٧ ونظريه الحق للدكتور ابراهيل غانم ص ١٦٦ ط ثانية .

ثالثاً - وعرفه بعضهم بأنه « مصلحة مستحقة شرعاً »^(١) .

وهذا التعريف - على ايجازه - يرد عليه ما ورد على التعريف السابق ، من أنه جعل جوهر الحق مصلحة ، كما أنه يرد عليه ماورد على تعريف صاحب البحر الرائق من لزوم الدور .

ولكنه يبين - بعد أن أتى بالتعريف السابق للحق - ما هو الحق في تعريف الحق ، فيقول : « والحق اختصاص بصلة أو منفعة »^(٢) ولوأورد هذا في التعريف فقال : الحق اختصاص بصلة ثابتة شرعاً كان أولى .

هذا ، وقد أتى بتعريف آخر للحق يصرح فيه أن المصلحة غاية الحق ، اذ يقول الحق « مثبت لانسان بقتضي الشرع من أجل صالحه »^(٣) ويشير الى أن الفقهاء درجوا على استعمال الحق بهذا المعنى ، ويرد على هذا التعريف أنه غير جامع ، لانه لا يشمل الحقوق التي تثبت لغير الانسان من الاشخاص الاعتبارية ، كما أنه لا يشمل الحقوق الغيرية ، مع أن الفقهاء والاصوليين يطلقون عليها اسم الحق أيضاً ، فثبت أن هذا المعنى قاصر عن أن يشمل جميع ما اطلق الفقهاء عليه اسم الحق .

(١) الحق والذمة ص ٣٧، وأحكام المعاملات الشرعية ص ٣٠/٣٠ للاستاذ الشيخ علي الخفيف، حيث يقول : « والحق لا يبعدو أن يكون منفعة أو مصلحة لشخص ». جرى كثير من رجال الفقه الاسلامي والقانون على تعريف الحق « بالمصلحة » من هؤلاء الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الفقه الاسلامي ص ٢١٠ - والدكتور صبحي المقصادي في كتابه الموجبات والعقود ج ١ ص ٣٥ - والدكتور عبد الرزاق السنوري في كتابه مصادر الحق ج ١ ص ٥ . وهذا نظر منهم الى موضوع الحق وغايته ، لا الى الحق في ذاته. على أن تعريف الحق « بالمصلحة » قال به الفقيه الالماني « اهرنخ » صاحب النظرية الموضوعية ، أو نظرية المصلحة . راجع نظرية الحق للدكتور اساعيل غانم ص ١١ - ونظرية الحق للدكتور نفس الدين الوكيل ص ١٠ وأصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٥٦٤ - ٥٦٧ .

(٢) الحق والذمة ص ٣٦ ، راجع البحر الرائق ج ٦ ص ١٤٨ حيث يقول : « الحق ما يستحقه الرجل » .

(٣) أحكام المعاملات الشرعية ص ٣٠ - ٣٢ .

المطلب السادس

٥ - نعرفنا الحق في مفهوم الشرعي ، وصلنا بنظرية التغافل :

ان نظرية التغافل في استعمال الحق - في الشريعة الاسلامية - تلقي ضوءاً على مفهوم الحق فيها، فهو مقيد بما تلقي عليه هذه النظرية من قيود تقتضيها مبادئ الشريعة العامة ، ومقاصدها الاساسية ، بغية توجيهه استعماله نحو تحقيق المكملة الفائنة ، أو المصلحة التي من أجلها شرع الحق .

هذا ، وقد أقمنا الدليل فيما سبق على أن الحق في الشريعة الاسلامية ليس طبيعياً، أي صفة ذاتية اقتضتها طبيعة الإنسان، بل هو منحة من الشرع للشخص؛ لتحقيق مصلحة معينة ، فهو اذن حق مقيد وغائي .

يرشدنا إلى هذا، أن المصلحة الجزئية للحق الفردي المشروعة في ذاتها - لا تعصمتها هذه المشروعة من أن تصبح غير مشروعة اذا تعارضت مع مصلحة جزئية أخرى هي أولى بالرعاية في نظر الشرع ، كما في استعمال المالك عقاره على نحو يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، أو تعارضت مع المصلحة العامة، كما في منع تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، ومنع الاحتكار، ووجوب التسuir الجبري ، بما يدل دلالة قاطعة على أن مصلحة الحق الفردي ذات صبغة اجتماعية لا فردية خالصة .

وإذا كانت المصلحة الفردية في الشريعة - وهي التي قرر الحق الفردي من أجلها - مصلحة اجتماعية ، فالحق الفردي - وهو وسيلة تحقيق تلك المصلحة ذو صفة اجتماعية من باب أولى ، لأن انتفاء الصفة الفردية عن المقصود ، يستلزم انتفاءها عن الوسيلة بالضرورة .

اذن من التناقض في التشريع ، ان تشرع الوسيلة على وجه لا يتحقق غايتها .
 مخلص من هذا ، الى أن المصلحة الفردية الجزئية ، ولو كانت مشروعة في ذاتها ،
 يجب الا تتنافى و تعاليم الشريعة ، و مبادئها العامة ، و مقاصد她的 الاساسية في التشريع
 بوجه عام ، وهذا هو لباب نظرية التعسف . ذلك ؛ لأن النظام التشريعي
 الاسلامي للمجتمع "كل" لا تتناقض أجزاؤه .

وعلى هذا ، فالحق في الشريعة الاسلامية مقيّدٌ وغائيٌ وذو صفة اجتماعية^(١) .
 وتأسساً على هذا النظر ، يمكن تعريف الحق بما يتفق ومقتضيات نظرية
 التعسف القاضية باحكامها على مختلف الحقوق ، بما يلي :
 «الحق اختصاص يقرّ به الشرع سلطة على شيء ، أو اقتضاء اداء من آخر
 تحقيقاً لمصلحة معينة » .

تحليل التعريف ومحترزاته :

الاختصاص : هو الانفراد والاستئثار ، وهو علاقة^(٢) تقوم بين المختص ، والمتخصص
 به ، وقد يكون المختص ب موضوع الحق هو الله سبحانه وتعالى ، وهذه هي حقوق الله
 تعالى ، وقد يكون شخصاً حقيقياً ، وهو الانسان ، أو معمرياً ، كالدولة ، والوقف ، وبيت
 المال ، وجماعة المسلمين ، والشركات ، والمؤسسات ، وغيرها من الشخصيات الاعتبارية .

(١) سياق تفصيل واف لذلك في الابحاث القادمة ان شاء الله .

(٢) قلت : ان تعريف الحاوي القدمي لحق الملكية بأنه «اختصاص حاجز... الخ»
 يدل على أن الاختصاص جنس في التعريف ، يندرج تحته كل انواع الحقوق . انظر الاشباء
 والظاهر لابن نجيم ج ١ ص ١٢١ .

على ان عبيد الله بن مسعود الاصولي الحنفي الملقب بصدر الشريعة ، قد عرف
 حق الملكية في كتابه شرح « وقاية الرواية في مسائل المداية » بأنه اتصال شرعي بين
 الانسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرّفه فيه ، وحاجزاً عن تصرف الغير » فالاتصال
 وهو علاقة اورابطة ، جنس في التعريف ، وهو جوهر كل حق .

وقولنا اختصاص : يخرج الاباحات والحقوق العامة^(١) ، ما هو مباح للكافة الانتفاع ب موضوعه على سبيل الاشتراك دون استئثار ، أي أن الاباحة تورث الأفراد مكنته الانتفاع ب موضوعها على قدم المساواة .

يقر به الشرع سلطنة : وهذا قيد يخرج الاختصاص الواقع دون الشرعي ، كالغاصب والسارق ، فاختصاص الغاصب بالمغصوب حالة واقعية لا شرعية ، أي لا يقر بها الشارع سلطنة الغاصب على المغصوب ، بل يوجب عليه زرداً ما غصب ، وكذلك السارق ؟ فلابد اذن من اقرار الشرع للعلاقة الاختصاصية ، حتى تكتسب صفة المشروعية .

وأقرار الشرع للاختصاص يستلزم كنتيجة منطقية حتمية اقراره سلطنة المختص على ما اختص به ، تلك السلطة هي حرية التصرف في الحدود التي رسمها الشرع ، ويستلزم بالتالي اباحتة الافعال الالزمة والملاحة لذلك الاستعمال والتصرف المشروع .

سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر :

هذه السلطة التي هي قرين لا ينفك عن الاختصاص الذي أقره الشرع لصاحب الحق ، قد تكون منصبة على شيء ، وهذا ما يسمى « بالحق العيني » كحق الملكية ، وحق الحبس في المرهون ، وحق الارتفاق بالشرب ، وحق وضع الجندوع على حاطط الجار . أو تكون سلطة لشخص منصبة على اقتضاء أداء من آخر ، فالعلاقة هنا بين شخص الدائن وشخص الدين الملزم ، وموضوع العلاقة أداء التزام معين ، كالثمن المؤجل ، أو منفعة الاجير ، أو الامتناع عن الانتفاع بالمرهون ، وهذا هو الحق الشخصي .

والاداء : قد يكون ايجابياً ، كالقيام بعمل ، أو سلبياً كلامتناع عن عمل

(١) ويسميه فقهاء القانون بالشخص .

فالتعريف شامل لحقوق الله تعالى - كالعبادات والحدود، وحق الجهاد، وحقوق الأشخاص : العينية والشخصية .

تحقيقاً لمصلحة معينة :

متعلق بقولنا « يقرّ به الشرع » أي أن إقرار الشرع للاختصاص الذي أسبغ عليه صفة المشروعية ، إنما كان من أجل تحقيق مصلحة معينة مطلوب من صاحب الحق العمل على ت�ديها وتحقيقها شرعاً؛ لأن الاختصاص الشرعي وما يستلزم له من سلطة ، إنما منع وأقر لذلك ، حتى إذا اتّخذ الشخص الحق وسيلة لتحقيق غرض يتنافى مع غاية الحق التي منع من أجلها ، بأن اتّخذه ذريعة للأضرار بالغير ، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة ، كتحليل الربا عن طريق بيع العينة مثلاً ، أو إسقاط الزكاة عن طريق المبة الصورية ، أو كل ما هو غش نحو الشريعة ، وخرم لقواعدها ، بتحليل حرم أو إسقاط واجب ، أو اتّخذ الحق وسيلة للأضرار بالجماعة ، بأن ابتغى تحقيق مصلحة خاصة ؛ ولكنها تتنافى والمصلحة العامة ، كالاحتياط ، انسلاخه صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي؛ وأصبح هو وجميع لوادمه من الأفعال غير مشروع ، لأنّه أصبح وسيلة لغير ما شرع من غرض .

أهم ما يستخرج من هذا التعريف :

- أولاً - يميز بين الحق وغايته ، فالحق ليس هو المصلحة ؛ بل هو وسيلة إليها .
- ثانياً - تعريف جامع يشمل حقوق الله تعالى ، وحقوق الأشخاص الطبيعية والأعتبرية ، بنوعيها : العينية والشخصية .
- ثالثاً - يبين مدى استعمال الحق بما ألقى عليه من قيد « تحقيقاً لمصلحة معينة » إذ فيه تعليل لتقرير الشارع الاختصاص ولوادمه ، فكل حق في الشرع منوح لتحقيق غاية معينة ، وتظل حمامة الشرع مبوطة على هذا الاختصاص مادام يتوجه

صاحب الى تحقيق تلك الغاية ، وبهذا القيد يخرج التصرف المطلق الذي ينحرف بالحق عن غايته المرسومة شرعاً .

فهذا تعريف للحق في مفهومه الشرعي ، وهو في أصله مقيد بغايته المحددة له شرعاً ، ضمن الاطار التشريعي العام .

رابعاً - استبعد المصلحة من تعريف الحق، كما استبعد الارادة؛ لأن الاولى غابة الحق، والثانية شرط لمباشرته واستعماله، وبين جوهر الحق، وانه علاقة شرعية اختصاصية، وقد رأينا من الفقهاء من أبرز هذا العنصر الجوهرى في الحق، من مثل الحاوي القدسى^(١)، وصدر الشريعة ، في تعريفها حق الملكية .

خامساً - شمل التعريف حقوق الاسرة، وحقوق المجتمع^(٢)، وغيرهما من الحقوق الغيرية أو الوظيفية التي لا ترجع فيها المصلحة الى صاحب الحق ، ولا الى مباشرة « بل الى الغير»^(٣) ، غير أن الشريعة استثنى حقوقاً .

سادساً - لم يجعل الحماية الشرعية للحق عنصراً فيه؛ بل الحماية من مستلزمات^(٤)

(١) الاشباء والنظائر لابن نعيم ج ١ ص ١٢١ وما بعدها، حيث عرف حق الملكية بأنه اختصاص حاچز - والواقعية لصدر الشريعة ، حيث عرف حق الملكية بأنه « اتصال شرعى » والاختصاص والاتصال ، جنس في التعريف ، وكلاهما علاقة ورابة . وهذا التعريف ينظر الى الحق من خلال صاحبه - الملكية في الاسلام للسيد اي النصر احمد الحسني ص ١٠ .

(٢) انظر احكام المعاملات الشرعية ص ٤٠ وما بعدها .

(٣) كحق الولاية على الصغير ، فالصلحة راجعة الى المولى عليه لا الى الولي صاحب الحق ، وكالحدود ، فهي حق الله ، ولكن المصلحة راجعة الى المجتمع ، وتباشرها السلطة العامة .

(٤) الحق والذمة من ٣٩ للشيخ علي الحفيظ ، حيث يقول : يتبيّن لنا من تعريف الحق ، أنه يجب أن يكون له صاحب يستحقه ، ويختص به دون غيره ، ذلك يستلزم في جميع الاحوال حاليته ، ومنع التعدي عليه ، فالحماية لازم من لوازم الحق ، وليس ركناً فيه ، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوده .

وجود الحق، وكذلك الدعوى ليست من مقومات الحق؛ بل وسيلة تلك الحماية؛ فهي صفة بعدية تالية في وجودها على وجود الحق.

المبحث الثالث الإباحة والرخصة في الفقه الإسلامي

سبق أن عرفنا الحق بمعناه الدقيق في الفقه الإسلامي، وذلك تمييزاً له عن الرخصة أو الإباحة^(١)، فالواقع أن لكل منها مفهوماً متميزاً، وإن جرى بعض الأصوليين والفقهاء على إطلاق اسم الحق على ما هو أعم من الحق والرخصة.

أولاً - نتعريف بأوبيامة هند الفقهاء الفراغي:

يقول صاحب الدرر: الحق غير منحصر في الملك؛ بل حق التملك أيضاً حق، وحق التملك للمشتري لا يعارض حقيقة الملك للبائع؛ لكونه أقوى منه^(٢).

(١) لانقصد بالرخصة ما اصطلاح عليه الأصوليون، وهو ما شرع ثانياً مبنياً على اعتذار العباد، كالغطر في رمضان للمريض أو المسافر، أو إجراء كلمة الكفر على اللسان لمن أكره على ذلك، وقلبه مطمئن بالإيمان، وإنما نقصد بها الإباحة التخيير بين الفعل والتدرك دون مدح أو ذم. هذا ورجال القانون يطلقون على الرخص الحرفيات العامة أو الحقوق العامة - الوجيز للقولي ص ٢٨٨ . كما أن رجال الفقه الإسلامي يطلقون عليها أحياناً اسم الحقوق - التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٦٢ - الحق والذمة - للخسيف ص ١٩٤ و ١٩٥ .

(٢) ج ٢ ص ١٤٤ .

فنحن نرى أن صاحب الدرر يسوى بين حق التملك - وهو رخصه .. وحق الملكية، في إطلاق اسم الحق عليها، وإن كان حق الملكية أقوى من حق التملك، ولكن هذه التفرقة من حيث القوة ، مؤذنة بالفرق من حيث المفهوم أيضاً .

القرافي بفرق بين الحق والرخصة :

على أن القرافي يقابل بوضوح بين الحق والرخصة ، وينكر على جماعة من مشايخ المذهب أن يجعلوا الرخص والحربيات العامة - كحرية التملك أو حرية التزوج مثلاً - حلالاً للنظر في كونها حقوقاً ، وأن يجري الخلاف فيها على قولين ، فلا مراء عنده أن الرخصة ليست حقاً ، بل لا يتخللها حقاً « من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه »^(١) .

ثم يبين بطلان أن تكون الحرية حقاً بقوله : إن الانسان « يملك أن يملك » ، أربعين شاة ، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكآ الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين ؟ وإذا كان الآن قادرآ على أن يتزوج ، فهل يجري في وجوب الصداق والنفقة عليه قوله ، قبل أن يخطب المرأة ، لأنه ملك أن يملك عصمتها ؟ .. النج^(٢) .

فالقرافي يبين أن حقيقة الحرية أو الرخصة لا تلتبس بالحق ، وهي من الوضوح بحيث لا تحمل على النظر والخلاف ، لأن من أبيح له أن يملك لا يعتبر بعقتضى هذه الإباحة مالكآ ، نعم ! الإباحة طريق إلى الملكية، أي الحق ؟ ولكنها هي بذاتها ليست حقاً ، وسنعرض لبيان حقيقة الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ، ثم نعرف الإباحة ؟ لنرى مدى صلتها بنظرية التعسف .

(١) الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٠ - ٢١ .

(٢) المرجع السابق .

٢ — تعریف المباح: عند الاصوليين :

تعريف الغرالي :

يطلق الامام الغزالي لفظ « الجواز » على الإباحة، فيقول « الجواز هو التخيير بين الفعل والترك بتسوية الشرع »^(١) هذا التعريف غير مانع ، لأنّه يدخل فيه الواجب الخير ، إذ من وقع عليه واجب كفاررة الصوم مثلاً، يخier بين أداء أيٍّ من خصالها ، مع أن ما أداء واجب لا مباح ، لذا رأينا الامام الشاطبي يدخل قياداً ليخرج من الإباحة هذا الواجب الخير .

تعريف الامام الشاطبي :

« إن المباح عند الشارع هو الخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم »^(٢) فقوله : من غير مدح ولا ذم مخرج للواجب الخير ، إذ في تركه اطلاقاً لا إلى بدل ذم؛ لأنّه ترك واجب ، وفي فعله إحدى خصاله مدح .

تعريف صدر الشريعة: المباح هو « فعل المكلف الذي يستوي فعله وتركه »^(٣) أي في نظر الشارع .

وعرفه الشوكاني : بأنه ما لا يندرج على فعله ولا على تركه ، وفسروه بأنه ما أعلم قاعده أنه لا ضرر عليه في فعله وتركه »^(٤) .

(١) المستصفي - ج ١ ص ٧٤ ط أميرية سنة ١٣٢٤

(٢) المواقفات - ج ١ ص ٦٩

(٣) فسر السعد في التلويح المراد بالاستواء المذكور ، بأنه استواء الفعل والترك في نظر الشارع، بن حكيم بذلك صريحاً أو دلالة، بقرينة ان الكلام في متعلق الحكم الشرعي، كما أنه مخرج لكل من الواجب الخير والموضع ، لانه لا يستوى في نظر الشارع فعل كل منها أو تركه ج ٣ ص ٧٥ و ٧٦ ط أولى سنة ١٣٢٢

(٤) ارشاد الفحول : ط أولى ص ٦ ، انظر الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الاصوليين - للاستاذ محمد سالم مذكور ص ٣٢ وما بعدها .

وخلصة هذه التعريف : أن الإباحة عند الأصوليين هي التسوية أو التخيير بين الفعل والترك ، من غير استحقاق ثواب ولا عقاب .

عرف الاجر جانبي في تعريفاته الإباحة بأنها : « الاذن باتيان الفعل كيف شاء الفاعل » .

ولكن يؤخذ على هذا التعريف اطلاق المشينة ؛ إذ سيأتي أن الشارع أذن للناس في الانتفاع بالماح على الوجه المعتمد شرعاً ، أي حسبا سن ورسم . ويقول : صاحب الاختيار « الإباحة ضد الخطأ ، وأن المباح ما أجيزة للمكلفين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب أو مأخذ فيه » (١) .

٣ - تعریف الفقهاء المحدثین :

عرف بعضهم المباح بأنه « ما تساوى فعله وتركه » (٢) .

وقد جارى بذلك تعريف الأصوليين للإباحة بأنها « التسوية » .

أما الاستاذ الشیخ علي الحفیف فیعرف الإباحة بأنها « حق يثبت للإنسان أثراً لاذنه بأن ينتفع » .

وفي هذا التعريف نظر : من قبل أن اطلاق الحق كأثر للإباحة تجواز ، فالإباحة لا تورث حقاً ، بل تفترض المكنته أو التسلط على المتყع به ، ولكن لا على سبيل الاختصاص كما قدمنا ؟ فالمباح له لا يملك المباح بمجرد الاذن كما سيأتي ، بل ينتفع بالماح على سبيل الشرکة العامة ، ففي المباحث العامة مثلاً يحمل الكافحة مركزاً واحداً نشأ لهم بمقتضى الاذن ، فلا يمتاز أحد منهم على الآخر ، وعلى هذا ، فحق

(١) الاختيار ج ٣ من ١٢٧ .

(٢) سل الوصول الى علم الاصول - ط أول في أقسام الحكم الشرعي : المباح - للاستاذ عمر عبد الله .

الملكية أقوى من حق التملك ، كما ذكر صاحب الدرر ؛ لأن حق الملكية ينبع صاحبه ميزة قبل الكافية ، وليس كذلك حق التملك ، إذ كل شخص مأذون له أن يتملك ، فالمشاركة في المباح فاتحة .

ابراحت طريق الى العمل :

على أن الإباحة - كما قلنا - طريق للحق وليس هي الحق ، فالماباح - وهو كل ما خلقه الله تعالى للانتفاع به على الوجه المعتمد - يشترك المباح لهم في الانتفاع به ، كالكلأ قبل إحرازه ، حتى إذا ما أحرز صار ملكاً لمن أحرزه ، وثبتت لصاحب فيه حق الملكية تماماً .

هذا ، والإباحة ليست أثراً للأذن ، وإنما هي الأذن بذاته ، وأثر الأذن أو الإباحة إنما هو مكنة الانتفاع .

على أن الاستاذ الجليل قد عدل عن هذا التعريف الى آخر هو أحكم وأكثر انطباقاً على مفهوم الإباحة فقال : « الإباحة تصرف أو اذن يفيد الانسان حق الانتفاع بطريق مباشر^(١) » و (أو) لا تدل على اختلاف في المعنى ، بل على التنويه في التعبير .

ولذا رأينا الاستاذ الزرقاء لا يقيد الأذن بكونه لانسان ، بل يجعله مطلقاً ، والذي يعنيها من بحث الإباحة وحقيقة أمران :

الاول - يتعلق بنطاق تطبيق نظرية التعسف ، او بعبارة أخرى ، هل يقتصر على الحق الخاص المعين ، او يشمل الرخصة او الإباحة ؟ وهذا ما نرجوه القول فيه الى بحث مجال تطبيق النظرية .

الثاني - حرية التعاقد ، وحرية الاشتراط في العقود ، أو التصرف بوجه عام

(١) مجلة القانون والاقتصاد عدد ١٢٦ ص ٢٠ ، وانظر احكام المعاملات س ٩ ، للمؤلف نفسه .

في كل مالم يرد بشأنه دليل شرعي خاص ، هل الاصل فيه اخل ، أو أنه غير مشروع في الاصل حتى يقوم الدليل على اباحتة ، فإذا أخذنا بالقول الاول - وهو الرابع - امكن تصور التعسف ، اذ التعسف يعتمد فعلاً مشروعًا في الاصل . أما اذا أخذنا بالقول الثاني - وهو ضعيف - فلا مجال لبحث التعسف فيه ؛ لأن الفعل في أصله غير مشروع ، فالحق لم يوجد حتى يتصور التعسف فيه ، واتيان الفعل على أي نحو كان خروج عن حدود الحق .

الاصل في الاباحة، او بامانة :

اتفق العلماء على أن الحكم التخييري ليس حكمًا تكليفيًا ، فخطاب الشارع اذا ورد بما يفيد التخيير ، من مثل نفي الخرج أو الجناح أو التثريب أو الامم أو النص على المثل أو الامر الذي يصرفه عن الوجوب الى الاباحة فريضة دالة على ذلك ، حكمه الاباحة ؛ ولكنهم اختلفوا فيما لم يرد بشأنه خطاب بالاقضاء ولا بالتخzier ، فقيل أن حكمه الاباحة ؛ لقوله تعالى وهو مينٌ على عباده « هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً^(١) » فخلق ما في الارض للانتفاع به ، ولا يصح الانتفاع به الا اذا كان مباحاً .

وعلى هذا فحكم أي عقد أو شرط أو تصرف بوجه عام لم يقدم دليل شرعي على حكمه هو الاباحة ، بناء على أن الأصل في الاشياء والمعاملات والتصرفات الاباحة ؛ سوى ما يتعلق بالابضاع ، فالاصل فيها الحرمة ، وهذا هو الرأي المختار^(٢) . وقيل ان الاصل في الاشياء التحرير ، حتى يقوم الدليل على اباحتها .

(١) سورة البقرة - آية ٢٩ .

(٢) والى هذا الرأي ذهب الشافعية وبعض الحنفية ، وقيل أنه رأى جهور الحنفية - راجع ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٥١ وما بعدها ، وفتاوی ابن تيمية ج ٣ فصل - العقود والشروط ص ٣٤٠ .

وقيل بالتوقف ، فالمزيد بشأنه حكم من الشارع ، لا يمكن أن يعطي له حكم^(١) .

وعلى هذا فالاباحة راجعة إلى اذن الشارع ، أي إلى الحكم الشرعي نصاً ، أو مقتضى قواعد الشرع ، ولم يخالف في ذلك إلا المعتزلة^(٢) .

وتؤسساً على أن الأصل في الأشياء الاباحة - على ما هو الراجح - تعتبر الحريات والحقوق العامة - وهي ترداد بتقدم المدينة والحضارة - من المباحث ، وبذلك تكون محلًا لبحث التعسف .

الحريات العامة من المصالح الحاجية في الشرع :

على أن هذه الحريات - إذا لم يخالف العمل بها نصاً أو قاعدة في الشرع - تعتبر أيضًا من المصالح الحاجية^(٣) التي تلي مرتبة الضروريات ؛ لأن منعها أو تحريرها يتربّ عليه إيقاع الناس في حرج ومشقة ، وذلك منفي بالنص^(٤) .
وموضع الاباحة من الأشياء إنما هو في تغيير أنواعها وأوقانها ، وليس موضوعها الاحوال العامة في كليتها .

يتصل هذا البحث بالتعسف في « حق الحياة » وكل اباحة لا تتعلق بعين ،

(١) أرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٥١ وما بعدها ، وراجع سلم الوصول إلى علم الأصول - للأستاذ عمر عبد الله ، ط أولى سنة ١٩٥٦ ، ص ٤٣ .

(٢) « فاجبوا إلى أن المباح هو ما انتفى الحرج عن فعله وتركه ، وهذا الانتفاء قبل ورود الشرع ، ثبوته بعده بطريق الاستصحاب » مباحث الحكم عند الأصوليين هامش ص ١٢٧ للأستاذ محمد سلام مذكور .

(٣) دليل كونها من المصالح الحاجية ، إن أصل الحياة يقوم بذاتها ، غير أنه يتربّ على منعها إيقاع الناس في مشقة وحرج بالغين ، ولا معنى للمصالح الحاجية إلا هذا .
(٤) من مثل قوله تعالى « ما جعل عليكم في الدين من حرج » وقوله : « ي يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

كحق الحرية ، فللانسان حق الاستمتاع بحياته ، والمحافظة عليها ، والله أياً هذا الحق كملأ ، فلا يجوز اسقاطه ، ومن ثم كل فعل - ولو مباحاً في الاصل - يؤدي الى اسقاط حق الله خالص ، أو مغلب ، يصبح غير مشروع ، لانه تعسف .

وعلى هذا ، اذا كان مع التخيير^{١٠} بين الفعل والترك الاباحة ؛ لكن هذا التخيير ينحصر في تغيير انواع المباح وأوقاته لا في أصله ، كا في الطعام ، فعلى الانسان ان يأكل لحفظ حياته ، وحفظ الحياة أمر مطلوب لأخيرة فيه ، لأن الله حفأ صرفاً فيه ، وللرجل أن يتزوج أي امرأة شاء مادامت تحمل له ، ولكن مطلوب منه أن يتزوج اذا كان قادراً صحة ومؤنة ، وللإنسان ان يلهم لهوا بريئاً ، ولكن لا يقضى كل أوقاته في اللهو^{١٢} . ودرءاً للتعسف في الاشياء المباحة جعل الشارع التخيير في أنواع المباح وأوقاته لا في أصله كما قلنا؛ لانه يؤدي الى اسقاط حق الله بما يتعلق به أمر ضروري لحفظ الحياة ، فلا يجوز للشخص أن يتحرر مثلاً ، أو يلقي ماله في البحر ، ولا نعلم أن القوانين الوضعية قد وصلت الى مثل هذا الحكم في تشريعاتها^{١٣} .

الحربات العامة في الفقه الفقيرني :

القانون يطلق الرخصة على معانٍ مختلفة : فهو يطلقها تارة على الحقوق العامة التي يعترف بها القانون للناس كافة ، كما يطلقها للدلالة على وسيلة يهتها القانون لاكتساب حق معين ، فيقال : ان الشفعة رخصة ، اذ يؤدي استعمالها إلى اكتساب الشفيع ملكية العقار المبيع^{٤٤} .
وكثيراً ما يطلق هذا المفهوم على المكانت أو السلطات التي يتضمنها حق

(١) اصول الفقه - للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص ٤٨ .

(٢) المرجع السابق - والموافقات ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) المواقفات ج ٢ ص ٣٢٢ ، اصول الفقه للاستاذ الشيخ ابي زهرة ص ٤٦ .

(٤) انظر المادة ٩٣٥ مدني مصرى .

معين، فيقال إن للملك سلطة أو رخصة استعمال ملكه ، أو استغلاله والتصرف فيه^(١) .

٤ - التفاصيل بين الحق والرخصة في القانون وصلة تطبيق نظرية التمثيل:

يفرق الفقه القانوني بين الحق والرخصة - الحرفيات العامة - فالحق قد سبق تعريفه في مختلف النظريات ، وأما الرخصة فهي مكنته واقعية لاستعمال حرية من الحرفيات العامة ، أو هي اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحرفيات العامة^(٢) ، ويضرب فقهاء القانون لذلك مثلاً في التفرقة بين الرخصة والحق ، حرية الملك فهو رخصة ، أما الملكية فحق .

و جاء في مذكرة الم مشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد، للجمهورية العربية المتحدة ، في التفرقة بين الحق والرخصة ما يلي :

« ويقصد بالحق في هذا الصدد ، كل مكنته ثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصص والأفراد ، كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان ، أو حقه في اقتساء دين من الديون ، أو حقه في طلاق زوجه . أما ما عدا ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة ، دون أن تكون محلًا للاختصاص الحاجز ، فرض شخص واباحات كالحرفيات العامة ، وما إليها^(٣) » .

فالحرفيات إذن لا تفترض وجود استئثار ، أو روابط قانونية بحيث تتفاوت بشأنها المراكز القانونية بين الأشخاص ، بل تفترض وجود الأفراد جميعاً في ذلك « المركز العام المشترك ، من إمكان التمتع بها من قبل الجميع تبعاً لainفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين^(٤) »

(١) انظر المادة ٩؛ ٩٤ مدنى مصرى .

(٢) مصادر الحق للسنiori ج ١ ص ٤ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ٢٠١ .

(٤) أصول القانون - للدكتور حسن كبيرة من ٦٤ و ما بعدها .

« فالفرق بين الحق والرخصة كالفرق بين الطريق المخالص والطريق العام »^(١)

٥ — تعريفنا لاباحة وتحليله وصلاته بنظرية التعسف :

والتعريف الذي أراه للاباحة يبين ماهيتها في ضوء نظرية التعسف ، هو أن الاباحة « اذن يقر به المشرع مكنته الاتقان مباشرة ، لاعلى وجه الاختصاص ، تحقيقاً لمصلحة معينة ». .

تحليل التعريف : اذن يقر به الشرع . الاذن – وهو الاجازة – اما يكون من الشارع بقتضي حكم ، فالاباحة حكم شرعي بالاجماع^(٢). والحكم اما ان يكون نصاً خاصاً، او مستفاداً من أصل عام، من مثل « الاصل في الاشياء الاباحة » الذي يرجع في تأصيله الى نصوص الشرع ، كقوله تعالى : « هو الذي خلق لكم مافي الارض جميعاً »، أي للاستفادة ، وهذه هي الاباحة الاصلية .

الاباحة الاصلية والطارئة :

على أن الاصوليين والفقهاء لم يفرقوا بين الاباحة الاصلية والاباحة الطارئة ؛ كولاية التأديب مثلاً ، فالاصل عصمة الانسان عن الاضرار به وايلاده^(٣) ، ولكن الشارع قرر الولاية التأديبية بشروط محددة^(٤)، الزوج على زوجه ، والاب على صغيره – وفيها ايداء المخاض للتأديب – استثناء من اصل المنع ؛ لمصلحة راجحة قررها الشرع ، وجعلها جديرة بالرعاية لمصلحة الاسرة والمجتمع .

أقول لم يعن الفقهاء والاوصوليون بهذا التفريقي مادام الحكم الذي يجمعها ، هو عدم ترتيب التواب أو العقاب .

(١) المرجع السابق .

(٢) لم يخالف في ذلك الا المعتزلة .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٠ وما بعدها .

(٤) سيأتي بحث ذلك في موضعه .

على أن الأذن الشخص لغيره في الانتفاع بما يملك استعمالاً أو استهلاكاً مرده إلى الأذن الشارع أيضاً، من قبل أنه يشترط إلا يتعارض مع أحكام الشرع، فلو أذن ذمي لمسلم أن يشرب من خمره لم يف هذا الأذن الإباحة؛ لأنه يعارض حكم الشريعة في تحريمه، فثبتت أن الإباحة إنما تستفاد من أحكام الشرع بقتضى نص خاص، أو أصل عام كما تقدم.

وعلى هذا فليست الحقوق العامة أو المحريات حقوقاً طبيعية للإنسان في نظر الشرع، يثبت للفرد بقتضى إنسانيته أو جبلته الأدبية، وإنما هي ثابتة بحكم الشرع، فالشرع هو أساس كل دخصة، كما هو أساس كل حق.

يقر به الشرع مكنته الانتفاع :

قلنا لا بد من اقرار الشرع للفعل، ليكتسب صفة المشروعية، والمكنته هي القدرة أو السلطة التي خولها الشارع للمأذون له في أن ينتفع ب موضوع الإباحة استعمالاً أو استهلاكاً، والمكنته أثر الأذن، أو من مستلزماته المباشرة، أي ليست عن طريق النيابة، فالمباح له ينتفع بنفسه، لأنه لا يملك المباح ب مجرد الأذن حتى يوكل فيه غيره، على أن الإباحة طريق إلى التملك بأسبابه المعروفة كما ذكرنا.

لا على وجه الاختصاص :

هذا قيد لا خراج « الحق » فإن صاحب الحق - كما ذكرنا - ذو سلطة على ما ينحه حقه من مزايا التصرف والاستعمال والاستغلال، على وجه الاستثناء والانفراد، فلا يشررك في التمتع بحقه أحد، إلا بقتضى حكم الشرع، أو بما تشرطه الإرادة وتاذن فيه.

تحقيقاً لمصلحة معينة : متعلق بقولنا « يقر به الشرع » أي أن اقرار الشرع مكنته الانتفاع من أجل تحقيق مصلحة رسمي الشرع، ليخرج استعمال المباح عيناً، أو في غير مصلحة، أو كذرية لتحقيق مصلحة غير مشروعية، فيخرج

الاسراف في استعمال المباح؛ اذ لا تتعلق به مصلحة ، والتصرف في النفس فضاء عليها، أو تعريضها للفتن أو التهلكة في غير مقصد شرعي ، كالانتحار^(١) مثلاً ، أما تعريضها للتلف في مقصد شرعي يعتبر كالجهاد فذلك مفروض وواجب .

وعلى هذا فليس الفرد حر التصرف حتى في حق نفسه ، الا بما يتحقق الغرض الذي من أجله منح حق الحياة ، من الطاعة والعبودية وعمارة الكون ، وليس في تعريض النفس للفتن والهلاك تحقيق لشيء من هذه المقاصد .

فالفرد ، وان كان له حق الحياة ، والمحافظة عليها ، فلله تعالى ايضاً هذا الحق خالصاً ، ولا يجوز التصرف فيه على وجه يسقط حقه تعالى ، وهو حكم لا تجد له نظيراً في الشرائع الوضعية قد يها وحديتها ، كما أنه يكشف في الوقت نفسه عن عمق نظر الشريعة الى المقاصد الاساسية التي يقوم عليها المجتمع الانساني ، وبناء الحياة الانسانية، وقد تنبه الى هذا المعنى في هذا القرن ، الفقيه الفرنسي « ديجي » في مذهبة « التضامن الاجتماعي في فلسفة القانون » .

هذا، وقد ابرز التعریف حقيقة الاباحة، وانها ليست من الحيازة في شيء، وإنما هي « اذن » من الشارع يستلزم « مكنته » الانتفاع للمأذون له ، كالانتفاع برفق عام، من السير في الطريق مثلاً، ومن اتيح له الانتفاع بشيء لم يتلكه ، كما لم يتلک منفعته، فالاباحة لا تجعل للمباح له الا ان ينتفع بنفسه مباشرة على الوجه المأذون فيه، دون أن يكون له حق التصرف بالمنفعة تصرف الملاك هبة أو بيعاً مثلاً ، الا بعد أن يتم له امتلاكه بالأسباب المعروقة للتملك في الشرع .

التصرف الاباحي والسلبي في المباح معهداً :

هذا، وإذا كان التصرف الاباحي على وجه يفضي الى اسقاط أو اهدار مقصد

(١) هناك ادلة من الكتاب والسنة تحرم الانتحار ليس هنا مقام بحثها .

شرعى اساسي من المقاصد الخمسة التي يقوم عليها بناء كل مجتمع انساني ممنوعا في الشرع ، ولو كان التصرف في حق حياته هو^(١) او ماله ، كما في الاتجار مثلا او تضييع ماله بالقائمه في البحر او احرافه دون مقصد شرعى^(٢) ، فالتصرف السلبي في المباح مقيد ايضا بما لا يسقط ذلك المقصود الاساسى ، وهو ما يسمى « بحق الله » ولذا كان المباح في الشريعة مخيرا فيه بين الفعل والترك في انواعه واوقاته لافي اصله ، فلا يجوز ان يتمتع عن تناول أصل الغذاء ، لانه يؤدى الى وفاته ، وذلك حرم ، لانه يفوت قصدا شرعا اساسيا ، وهو الحفاظ على النفس .

ومن هنا تنتج قاعدة عامة ترتكز عليها احكام الشرع - ومنها ما يتعلق بالمباح - ان التصرف - ايجابا وسلبا - مقيد بما لا يهدى مقاصد الشرع الاساسية وما يتبعها ، وذلك ما يؤكّد ان الحقوق والاباحات في الشرع مقيدة ، وذات غايات ومصالح اجتماعية وانسانية ينبغي ان يكون استعمالها - سواء في بواسطتها او مالها - على نحو لا ينافض تلك المقاصد او يهدّمها ، وما جاءت نظرية التعسف الا كدستور يحكم مشروعية هذا الاستعمال ولو كان في حدود الحق او الاباحة . وسيأتي بحث ذلك مفصلا في الغاية الاجتماعية للحق في الفقه الاسلامي ان

شاء الله .

المبحث الرابع

علاقة الحق بالحكم وفكرة وجود الحق

يبين ان الحكم عند الاصوليين هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين

(١) المواقفات ج ٢ ص ٣٢٣ .

(٢) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤١ .

اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً، وهو ما يسمى في الفقه القانوني « بالقاعدة القانونية » فليس الحكم بهذا المعنى هو الحق ؛ لأن الحق هو موضوع الحكم ، فعلاقة الحكم بالحق هي علاقة السبب بالسبب .

وأيضاً « الحكم » في الشريعة الإسلامية لا تقتصر مهمته على تنظيم الروابط الاجتماعية التي يدخل الأفراد فيها ، تلك الروابط التي تتمثل في سكل حقوق وواجبات ؟ بل يشمل كذلك تعريف المباحثات أشياء ليست حقوقاً، من جعل شيء سبباً لسبب، أو شرطاً لشرط، أو مانعاً من حكم، أضف إلى ذلك شمولها لروابط دينية بين الفرد وحاليه .

على أنا لو أردنا بالحكم متعلق الخطاب ، أي الأثر الثابت به ، من الوجوب والحرمة ، كما هو مدلوله عند الفقهاء ، لما كان كل حكم حقاً، إذ من الأحكام الوضعية ما ليس فيها حق لأحد ، وعلى هذا، فيمكن أن يقال إن كل حق حكم ، وليس كل حكم حقاً ، فالحق نوع من الحكم ، لأن من الأحكام ما شرع على سبيل الوضع والإباحة أو الندب ، أي يستحسن الاتيان بمضمونها .^(١)

فكرة وجود الحق في التشريع الإسلامي أساسية :

على أن بعض الكاتبين يذهبون إلى أن فكرة الحق عند فقهاء المسلمين تقترب من فكرة المركز القانوني في مذهب التضامن الاجتماعي ؟ باعتبار أن الأصوليين عبروا عن أصحاب الحقوق « بالملكون » ومؤدي هذا ، أن فكرة الحق غير موجودة ؟ وإنما الموجود هو « التكليف » أي الالتزام الشرعي ، فليس هناك

(١) على أن القرافي في فروعه يذهب إلى أن « حق الله » هو نفس الخطاب حيث يقول: « إن حق الله هو « أمره ونهيه » ثم يذكر أن حق العبد متعلق به مصلحة خاصة ، ج ١ ص ١٤٠ وما بعدها .

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للأستاذ مصطفى الزرقاوة ص ١٠ وما بعدها ، الحق والذمة للأستاذ الشيخ علي الحفيظ ص ٤١ .

« حقوق » بل « التزامات » ولكن هذا النظر يتعلّق باللفظ، ويهم به، ولا يعبر المضمون التقاطاً .

صحيح أن الأصوليين يطلقون على أصحاب الحقوق، لفظ المكلفين؛ اهتماماً منهم بوجوب العمل بهذه الأحكام الشرعية التي تتضمن واجبات دينية نحو الحالى جلّ وعلا، كما تتضمن واجبات نحو الناس بعضهم قبل بعض، أي اهتماماً بأداء هذه الواجبات؟ من قبل أن هذه القواعد الشرعية ذات صفة دينية، أو بالاحرى إن لفت الذهن الى الاهتمام بأداء ذلك لا ينفي عن مضمونها صفة الحق بعناء الدقيق.

وبيان ذلك :

أن الواجب يستلزم وجود الحق؛ إذ لا معنى لحرمة دم المسلم وما له وعرضه على أخيه المسلم مثلاً إلا إلزامه بعدم التعرض لأي منها؛ لأنه ينطوي على اعتداء على حق المسلم في حياته أو ماله أو عرضه، وهذه الحرمة التي تلقى هذا الالتزام أو التكليف يقابلها وجود الحق، بل تأكيد لوجوده، فالتكليف يستلزم وجود الحق، وعلى هذا فالتعبير « بالمكلفين » يستلزم وجود أرباب الحقوق . والعكس صحيح .

ثم إن هذا الواجب والتكليف، إنما أن يكون سليماً، ك وجوب الامتناع عن الاعتداء على حق الغير أو حرمة ذلك، او وجوب الامتناع عن التعسف، أو إيجابياً، كإيتاء الزكاة أداء حق الله مثلاً .

هذا، وعنابة الشارع بالتكاليف إنما تفسر على أساس أنها عنابة بالحقوق ومصوّنتها؛ فالفرد مكلف بأداء ما عليه من واجب؛ صيانة حق الغير .

فالقول بأن الشريعة مجرد تكاليف، ولا حقوق فيها بالمعنى القانوني، أمر لا يتفق مع الواقع .

على أن الأصوليين أنفسهم قد اعتبروا بالحق وأقسامه في باب « المحكوم به »، وفصلوها تفصيلاً دقيقاً، مما يدل على أن الشريعة كلها حقوق تستلزم واجبات .

هذا ، وقد نوه صاحب التوضيح من علماء الاصول وغيره بفكرة الحق في
أجل مظاهرها، وادخل فيها الحقوق العامة من الابحاث باعتبارها مميزات إنسانية،
فذكر أن الفرد له من الحقوق «الحرية والعصمة والمالكية»^(١) .

كما عبر بعض الفقهاء عن حق الملكية بأنه «اختصاص حاجز» .

هذا ولو رحنا تتبع النصوص التي وردت في «حق الملكية» مثلاً، وهو من
الحقوق الخاصة ، وأبلغها أثراً في نظامنا الاجتماعي والاقتصادي لوجدناها تؤصل
هذه الفكرة ، إذ كلها تدور حول احترام «المملكة الفردية» التي تقييد اختصاصاً
بموضوعها ، واستثناءً بشرأتها للمصلحة الفردية مع مراعاة حق الجماعة .

ومن تلك النصوص قوله تعالى : «يا أيها الذين آمنوا انفقوا من طيبات
ما كسبتم ، وما أخرجنا لكم من الأرض، ولا تيمموا الحبیث منه تنفقون ولستم
بآخذيه إلا أن تغمضوا فيه ، واعلموا أن الله غني حميد» وقوله عليه السلام : «لا يحل
مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه» وقوله عليه السلام : «كل المسلم على
المسلم حرام دمه وماله وعرضه» الى غير ذلك من النصوص التي تؤيد أن «المملكة
حق شخصي وليس «مركيزاً شرعاً»^(٢) يعتبر فيه صاحب الحق مجرد موظف
يعمل لغيره لا لمصلحته الذاتية أولاً .

أضف الى ذلك أن الحق منحة منه تعالى ، وليس منحة من أحد ، كما أن
الدولة نفسها تتمتع بالحق الذي منحه الشارع إليها ، وأن مهمتها الحافظة على هذه
الحقوق من الاعتداء والتعسف .

وإذا كان الحق منحة منه تعالى ، انتفى أن يكون تنظيماً من غير الله تعالى؛ لأن
الفرد عبد الله لا للدولة، وجعل الملكية حقاً شخصياً لا تنظيماً اقتصادياً في الشرع
الإسلامي يعتبر تكريباً للانسان واحتراماً لشخصية الآدمية «ولقد كوننا بني

(١) التوضيح ج ٢ ص ١٦١ .

(٢) راجع الذهاب الى انكار فكرة وجود الحق - نظرية الحق للدكتور شفيق
شحاته ص ١٠ وما بعدها .

المبحث الخامس

اعتبار الشرع الإسلامي كلام من الحق والإباحة وسيلة وصلة ذلك بنظرية لتعسف

اتضاع لنا من تحليل الحق والكشف عن عناصره التكوينية أنه اختصاص أو استئثار بالسلط على شيء، أو بالسلط على اقتضاء أداء معين من آخر، ابتعاء تحقيق مصلحة معينة، فالمصلحة إذن هي غاية الحق وهدفه، وليس هي الحق.

وبدهى أن وجود الحق يستلزم إباحة استعماله ، وإلا كان وجود الحق مجردًا عن أية قيمة ، بل يلزم التناقض من الشارع إذ يقرر حقاً ثم يحرم استعماله دون مقتضى ، واستعمال الحق إنما يكون عن طريق أفعال لازمة وملائمة بحيث تتفقى إلى المهدى من أجله قرر الحق؛ ولهذا قدنا الأفعال بكونها لازمة ،

أي ضرورة، ولا ندحه عنها، وكونها ملائمة، إذ لو لم تكن كذلك، بـأن استعمل الحق بصورة مطلقة، لأفضى ذلك إلى الانحراف عن المدفـ والغاية التي شرع الحق من أجلها ، وهذا تغيير لأوضاع الشرع .

يتضح من هذا، أن الحق قرر لأجل مصلحة معينة توخي الشارع تحقيقها عن طريق تقرير الحق ، وما يستلزم ذلك من الأفعال الـلـازمة والمـلـائمة لاستعمالـه ؛ فالحقـوق وما تستلزمـ من أفعالـ لهاـستـها ، إنـماـ هيـ مجردـ وسائلـ وـضعـهاـ الشرـعـ فيـ أيـديـ أربـابـهاـ منـ أجلـ تـحـقـيقـ مـصـالـحـ مـعـيـنةـ .

ونتيجة ذلك، أنـ الحقـوقـ ليسـ مـقـصـودـةـ لـذـاتـهاـ لـتـكـوـنـ مـصـدرـ سـلـطـاتـ مـطلـقـةـ يـسـمـعـ بـهـاـ أـرـبـابـهاـ بـقـطـعـ النـظـرـ عـنـ اـهـدـافـهاـ ، وـعـنـ تـحـريـ الوـسـائـلـ الـلـازـمـةـ وـالـمـلـائـمـةـ لـلـفـضـاءـ بـهـاـ إـلـىـ تـلـكـ الـاهـدـافـ . وـإـلـىـ هـذـاـ المعـنىـ أـشـارـ الـأـمـامـ الشـاطـبـيـ فـيـ موـافـقـاتـهـ بـقـولـهـ :

«وـأـمـاـ الـدـنـيـوـيـةـ – أـيـ الـمـصـالـحـ الـدـنـيـوـيـةـ – فـانـ الـأـعـمـالـ^(١) – إـذـ تـأـمـلـهـاـ – مـقـدـمـاتـ لـتـائـجـ الـمـصـالـحـ، فـانـهـ اـسـبـابـ لـمـسـيـبـاتـ هـيـ مـقـصـودـةـ لـلـشـارـعـ، وـالـمـسـيـبـاتـ هـيـ مـاـ لـاتـ اـسـبـابـ، فـاعـتـبارـهـاـ فـيـ جـرـيـانـ اـسـبـابـ مـطـلـوبـ، وـهـوـ مـعـنـىـ النـظـرـ فـيـ مـلـالـاتـ^(٢)» وـيـقـولـ فـيـ مـوـضـعـ آخـرـ: «لـمـ ثـبـتـ أـنـ الـاـحـکـامـ شـرـعـتـ لـمـصـالـحـ الـعـبـادـ، كـانـ الـأـعـمـالـ مـعـتـبـرـةـ بـذـلـكـ ؟ لـاـنـ الـأـعـمـالـ الـشـرـعـيـةـ لـيـسـ مـقـصـودـةـ لـاـنـفـسـهـاـ، وـإـنـماـ قـصـدـهـاـ اـمـورـ اـخـرـ هـيـ مـعـانـيـهـاـ، وـهـيـ الـمـصـالـحـ الـتـيـ شـرـعـتـ لـأـجـلـهـاـ، فـالـذـيـ عـمـلـ عـلـىـ غـيـرـهـاـ الـوـضـعـ فـلـيـسـ عـلـىـ وـضـعـ الـمـشـروـعـاتـ^(٣)» .

وـمـاـ يـقـالـ عـنـ الـحـقـ يـقـالـ عـنـ الـابـاحـةـ ؛ اـذـ هـيـ اـذـنـ مـنـ الـشـارـعـ وـتـرـخيـصـ ،

(١) أـمـ مـنـ أـنـ تـكـوـنـ اـثـرـاـ لـحـقـ أوـ لـابـاحـةـ .

(٢) الـمـوـافـقـاتـ جـ ٤ـ صـ ١٩٥ـ .

(٣) الـمـرـجـعـ السـابـقـ جـ ٢ـ صـ ٣٨٥ـ .

فالاعمال الشرعية على هذا، اما ان تكون اتواً لحق او لرخصة، ومستحقة يستلزم اباحة استعمالها ، غير أن الحق يورث صاحبه ميزة واستئثاراً ب موضوعه ، والاباحة لا تقتضي ذلك؟ بل تجعل المباح منتفعاً به على قدم المساواة من قبل الكلافة ، وهذه التفرقة لا تعنينا من حيث تكيف الفعل اللازم لاستعمالها، فهو مشروع، وانما الذي يعنينا ان نقرر ان الحقوق مجرد وسائل شرعاً لتحقيق غيات معينة قصد الشارع تحقيقها . فكانت الاعمال – سواء منها ما نشأ عن حق ام رخصة – وسائل او مقدمات لنتائج المصالح ، وليس مقصودة لذاتها حتى تكون مصدراً لسلطة مطلقة يتصرف بها صاحبها كما يشاء؛ لأن هذا يؤدي الى اعتبار الحق غاية في ذاته، وقد علمنا انه ليس كذلك في نظر الفقه الاسلامي .

وأيضاً ، ان اعتبار الحق غاية يتنافى والقاعدة الجماع عليها، وهي أن المصالح معتبرة في الاحكام، لأن التصرف المطلق قد يؤدي الى مناقضة الشارع، ومناقضة الشريعة عينا باطلة ، فما يؤدي اليها باطل .

هذا، وثرة اعتبار الحق مجرد وسيلة الى تحقيق مصلحة شرع من أجلها، انه مقيد في استعماله بما يتحقق هذه المصلحة، والا اعتبر المستعمل معسفاً، كأن يتخد ذريعة الى مجرد الضرار بغيره، او لتحقيق نتائج ضارة بغيره، ترجح على ما يحبنه من مصلحة وهذا الوجهان من الاعتساف يقتضيان النظر في البواعث النفسية أو النتائج المادية التي تنجوم عن استعمال الحقوق، كمعايير يعرف بها التعسف، اما النظر الى النتائج فهو معنى النظر في مآلات الافعال الذي يقره الامام الشاطبي أنه أصل^(١) معتبر مقصود في الشريعة .

(١) الموافقات ج ٤ ص ١٩٥ وما بعدها .

المبحث السادس

الوظيفة الاجتماعية للحق

سبق أن قررنا أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الحقوق مجرد «مراكز قانونية» يحتملها أربابها للقيام بما تلقىهم من التزامات ايجابية وسلبية^(١)؛ فصاحب الحق ليس مجرد موظف، بل هو ذو ميزة يتمتع بها بمقتضى حقه، ومن ثم فهو يمارس حقه لصالحه الذاتية، مقيداً بالمحافظة على حق غيره.

فحق الملكية مثلاً «حق شخصي» أقرته الشريعة، وشرعت له من الأحكام ما يثبته ويصونه ويحميه، غير أنه - مع ذلك - مقيد بما لا يضر بالغير فرداً كان أم جماعة، ذلك؛ لأن حق الغير - كما يقول الإمام الشاطبي - محافظ عليه شرعاً. وعلى هذا تثبت للحق الفردي صفة مزدوجة، هي الفردية والجماعية في وقت معاً. أما الفردية فلأن الحق ليس بذاته وظيفة بل هو ميزة، تخول صاحبها الاستئثار بثمرات حقه، فحق الفرد أصلاً شخصي.

واما الجماعية فتبعد في تقيد هذا الحق عن انخاده وسيلة إلى الاضرار بغيره فرداً أو جماعة، قصدأ أو بدون قصد، بالنظر إلى تنتائج استعماله كما سنفصله في معايير النظرية.

(١) راجع البحث الثاني من الفصل الأول من الباب التمهيدي في مذهب التضامن الاجتماعي من هذا المؤلف.

(٢) المواقفات ج ٢ س ٣٢٢.

فليس القيد اذن فاقداً على منع الضرار حتى يقييد تصرفه من الناحية الاجنبية فقط ؟ بل ويشمل أيضاً تقيد تصرف ذي الحق من الناحية السلبية، فليس للملك مثلاً الامتناع عن بيع سلعه احتكاراً لها، وتبصراً بالناس الغلاء ، وأيضاً للدولة أن تنزع من ملكيتها ما تقتضيه المصلحة العامة جبراً وفي حدود مرسمة، وليس له الامتناع عن ذلك .

كما لا يجوز له أن يمتنع عن السماح لغيره بالارتفاع بذلك ، اذا كان ذلك لا يضر به . أما تصرفه في حق نفسه فهو مقيد في التصرف بحيث لا يضر بها ، وإذا فعل حجر عليه لمصلحة نفسه وغيره من تتعلق به مصالحهم ، كالصرف في المال سفهاً أو عبثاً بتضييع ماله بإحرافه او القائه في البحر ؛ اذ المال إنما وضع في يده لتحقيق مصالحه الدنيوية والأخروية، ولا يتحقق التضييع - ولو برضاه - على وجه العبث شيئاً منها .

كما لا يجوز له الانتحار مثلاً او تعريض نفسه للهلاك دون مقصد شرعي معتبر؛ لأن في ذلك تفريتاً لمقصد الشارع من أدائه لحق العبودية لله تعالى وعمارة الكون . وبالمجمل فالحق الفردي مقيد بذاته البر والصالح العام .

وعلى ذلك يمكن ان يقال ان للحق الفردي وظيفة اجتماعية، وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية؛ لأن في اعتباره كذلك الغاء لفكرة الحق من أساسها، وقد اثبتنا ان فكرة الحق دعامة اساسية في التنظيم التشريعي الاسلامي واقمنا الادلة على ذلك ، هذا من ناحية .

ومن ناحية اخرى، ان في اعتبار الحق مرتكزاً قانونياً وتحويله بذاته الى وظيفة اجتماعية ما يجعل من المصلحة العامة وحدتها هدفاً للشريعة، ومحوراً تدور عليه احكامها، في حين اقمنا الادلة على أن الشريعة الاسلامية ترعى المصلحتين معًا الفردية والاجتماعية، وتجعل منها غاية مزدوجة لتشريعها، وتنسق بينها عند التعارض بقواعد محكمة مستقرة في التشريع ، ومستقاة من استقراء الاحكام التفصيلية ، وعلى ضوء من مقاصد الشريعة وأصلها العام ، وهو جلب المصالح ودرء المفاسد .

وبذلك كان الفرد في الشريعة الإسلامية يتمتع بحق ذاتي صفة مزدوجة، الفردية باعتبار أنه حق شخصي أصلاً، وفي هذا تكريم لشخصيته، واعتراف بكيانه الذاتي، وهذا الاعتبار يتصل بطبيعة الشريعة من حيث هي في ذاتها رسالة دينية تعنى - أول ما تعنى - بالفرد وذاته واصلاحه، وصفة اجتماعية، تراعي حق الغير من الأفراد والجماعة على ما سنبينه في أصل التكافل أو التضامن الاجتماعي في الشريعة الإسلامية الذي يرد قيداً على استعمال الحقوق الفردية.

وبذلك تكون الشريعة واقعية في تشريعها، لا تتجاهل أياماً من المصلحتين، وتقدم المصلحة العامة عند التعارض، مع الاحتفاظ بالتعويض على الفرد ان كان له وجه، رعاية الحقين، ويضطلع بهمزة التقيد والتنسيق نظرية التعسف في استعمال الحق كما ذكرنا.

ومن هنا، كانت هذه النظرية ذات فضل في البقاء على فكرة الحق في ذاتها، واقامة التوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة.

وهذا النظر من الشريعة الإسلامية يتفق والفطرة الإنسانية، فالفرد لا تذكر فرديته كما لا تذكر صفة الاجتماعية.



الفصل الثامن

الأسس التي يستند عليها تقييد الحق في الفقه الإسلامي المبحث الأول

الأسس الأول :

المصالحة معتبرة في الأحكام أو غاية الحق

بينا أن الحكم الشرعي هو منشأ الحق ؛ اذ لا بد في اعتبار الحق شرعا من استناده الى تقرير الشارع ، وتقريره اما يكون بحكم .

ولما كانت الأحكام في الشريعة - عند جمهور^(١) الأصوليين والفقهاء - معاللة بصالح العباد في الدارين جملة وتفصيلا ، يعني ان كل حكم في الشريعة - خلا ما يتعلق منها بالعبادات والمقدادير الشرعية ، مما لا يستقل العقل بادراته علته^(٢) -

(١) نقصد بالمصالحة ما هو أعم من جلب منفعة أو درء مفسدة .

(٢) خالف الظاهريه في ان احكام الشريعة معالله على سبيل التفصيل ؛ ولكنهم لا ينكرون ان الشريعة في جملتها افادت لصالح العباد في الدارين .

(٣) ولذا سميت احكاماها بالتعبدية - فلا يجوز فيها القياس، لأن اساس القياس تعليق حكم النص ، وهذا لا يدرك العقل الاساس الذي بنى الشارع حكمه عليه ؛ وعلى المكلف ان ينفذها كما وردت بها النصوص ، لا يتجاوزها وقائع هذه النصوص .

لم يشرع اتفاقاً أو عيناً لغير مصالح قصدت بهـا، أو تحكمـاً؛ لمجرد اخضاع المكلفين لسلطان التكليف ، دون مصلحة عائدة عليهم في دنياه وآخرـاً^١ ، وإنما شـرع حـكمة أو مصلحة معينة اقتضـت تـشـريعـه ، فـكان الحقـ غـائـياً بالضرورة أي شـرع لـغاـية أو مصلـحة كانتـ هي الـبـاعـث^٢ على تـشـريعـه .

يقول الإمام الشاطبي : « إنـ وضعـ الشـرـائـعـ إـنـاـ هوـ لـصـالـحـ العـبـادـ فيـ العـاجـلـ وـالـأـجـلـ مـعـاً ». .

وـالـدـلـيلـ الـقـطـعـيـ الـذـيـ يـعـتمـدـ عـلـيـهـ الشـاطـبـيـ فـيـ تـقـرـيرـهـ هـذـاـ الـأـصـلـ هـوـ الـاسـتـقـراءـ^٣ ، فـمـةـ نـصـوصـ لـأـنـحـىـ منـ الـقـرـآنـ وـالـسـنـةـ جـاءـتـ مـقـرـونـةـ بـعـلـهـاـ ، وـفـيـ هـذـاـ دـلـيلـ عـلـىـ أـنـ الـاـحـکـامـ شـرـعـتـ هـذـهـ الـمـصـالـحـ لـمـجـرـدـ التـعـبـدـ بـهـاـ .

ويـقـولـ الـأـمـدـيـ : « لـاـنـ الـأـحـکـامـ إـنـاـ شـرـعـتـ لـمـقـاصـدـ الـعـبـادـ ، أـنـاـ إـنـاـ الـأـحـکـامـ » .

(١) مـصـادـرـ التـشـريعـ الـإـسـلـامـيـ فـيـ لـانـصـ فـيـهـ . عبدـ الـوـهـابـ خـلـافـ صـ ٣٠

(٢) وـتـقـسـيرـ الـبـاعـثـ هـذـاـ هـوـ مـاـ يـنـطـقـوـيـ عـلـىـ حـكـمـةـ مـقـصـودـةـ لـلـشـارـعـ يـعـودـ نـفـعـهـاـ عـلـىـ الـمـكـلـفـينـ وـلـيـسـ بـعـنـ الدـافـعـ اوـ الـحـاـمـلـ عـلـىـ التـشـريعـ ، وـهـوـ الـذـيـ انـكـرـهـ الـمـكـلـفـونـ بـهـذـاـ الـمـعـنىـ ، الإـحـکـامـ لـلـأـمـدـيـ جـ ٣ـ ، وـمـذـكـرـةـ الـإـسـتـادـ الشـيـخـ طـهـ الـدـيـنـيـارـيـ فـيـ اـصـوـلـ الـفـقـهـ لـلـسـنـةـ الـرـابـعـةـ بـكـلـيـةـ الـشـرـيعـةـ صـ ٨ـ ، وـانـظـرـ تـقـسـيرـ الـبـاعـثـ بـهـذـاـ الـمـعـنىـ - التـوـضـيـعـ لـصـدـرـ الـشـرـيعـةـ جـ ٢ـ صـ ٣٤١ـ .

(٣) يـقـولـ : « وـالـمـعـتمـدـ إـنـاـ هـوـ إـنـاـ سـتـقـرـيـنـاـ مـنـ الـشـرـيعـةـ إـنـاـ وـضـعـتـ لـصـالـحـ الـعـبـادـ ؛ فـانـ اللهـ تـعـالـىـ يـقـولـ فـيـ بـعـثـهـ الرـسـلـ وـهـوـ الـأـصـلـ : « رـسـلاـ مـبـشـرـينـ وـمـنـذـرـينـ لـتـلـاـ يـكـوـنـ لـلـنـاسـ عـلـىـ اللهـ حـجـةـ بـعـدـ الرـسـلـ » وـيـقـولـ : « وـمـاـ اـرـسـلـنـاـكـ الـأـرـحـمـةـ لـلـعـالـمـيـنـ » وـقـالـ فـيـ اـصـلـ الـخـلـقـةـ « هـوـ الـذـيـ خـلـقـ السـمـوـاتـ وـالـأـرـضـ فـيـ سـتـةـ إـيـامـ وـكـانـ عـرـشـهـ عـلـىـ الـمـاءـ لـيـبـلـوـكـمـ إـيـكـمـ أـحـسـنـ عـلـمـاـ » .

وـأـمـاـ الـتـعـالـيـ لـتـفـاصـيلـ الـاـحـکـامـ فـيـ الـكـتـابـ وـالـسـنـةـ فـاـ كـثـرـ مـنـ أـنـ نـحـصـىـ ، كـقـوـلـهـ تـعـالـىـ بـعـدـ آيـةـ الـوـضـوـهـ : « مـاـ يـرـيدـ اللهـ لـيـجـعـلـ عـلـيـكـمـ مـنـ حـرـجـ وـلـكـنـ يـرـيدـ لـيـطـهـرـكـمـ وـلـيـتـنـعـمـهـ عـلـيـكـمـ » وـقـالـ فـيـ الصـيـامـ (كـتـبـ عـلـيـكـمـ الصـيـامـ كـاـتـبـ عـلـىـ الـذـيـنـ مـنـ قـبـلـكـمـ لـعـلـكـمـ تـنـقـونـ) . وـفـيـ الـصـلـاـةـ : (أـنـ الـصـلـاـةـ تـنـهـيـ عـنـ الـفـحـشـاءـ وـالـنـكـرـ) الـخـ . . .

وـمـنـ هـذـهـ الـحـمـلةـ ثـبـتـ الـقـيـاسـ وـالـاجـتـهـادـ » .

- موـافـقـاتـ جـ ٢ـ صـ ٧ـ .

مشروعه مقاصد وحكم ، فيدل عليه الاجماع^(١) والمعقول^(٢) .

على ان المعتزلة يقولون باعتبار المصالح في الاحكام الشرعية ، فهم متفقون مع الجمور في هذا الأصل ، واما اختلافوا في المدرك^(٣) .

وهذه المصالح التي تعتبر محور التشريع هي المقاصد التي قسمها الشاطبي الى ثلات مراتب ، ورتبتها ترتيباً تناظرياً ، حسب أهميتها :

(١) وبين دليل الاجماع بقوله « واما الاجماع فهو ان ائمة الفقه مجتمع على ان احكام الله تعالى لا تخلو عن حكمة ومقصود ، وان اختلفوا في كون ذلك بطريق الوجوب كما قال المعتزلة ، او بحكم الاتفاق والوقوع والتفضيل - من غير وجوب ، كقول اصحابنا . »

(٢) واما المعقول : فهو ان الله تعالى حكيم في صنعه ، فرعاية الغرض في صنعه اما ان يكون واجباً ، او لا يكون واجباً ، فان كان واجباً فلم يخل عن المقصود ، وان لم يكن واجباً - اي بطريق التفضيل والاتفاق - ففعله للمقصود يكون اقرب الى موافقة المعقول من فعله بغير مقصود ، فكان المقصود لازماً من فعله ظناً .

« واذا كان المقصود لازماً في صنعه ، فكانت لغرض ومقصود ، والغرض إما أن يكون عائداً الى الله تعالى او الى العباد ، ولا سبيل الى الاول لتعاليه عن الضرر والاتفاق ، ولانه على خلاف الاجماع ، فلم يبق سوى الثاني ». .

« وأيضاً - وهو وجه ثان للمعقول - فان الاحكام بما جاء بها الرسول ، فكانت رحمة للعالمين ; لقوله تعالى : « وما ارسلناك الا رحمة للعالمين » ، فلو خلت الاحكام عن حكمة عائدة الى العالمين ما كانت رحمة بل نفحة ، لكون التكليف بها محسن تعب ونصب ». .

« وأيضاً - وجه ثالث للمعقول - قوله تعالى : « ورحمة وسعت كل شيء » ، فلو كان شرع الاحكام في حق العباد لا حكمة لكيانت نفحة لارحمة .

« وأيضاً - وجة رابع للمعقول ، قوله عليه السلام : « لا ضرار ولا ضرار في الاسلام » ، فلو كان التكليف بالاحكام لا حكمة عائدة الى العباد - لكان شرعاً نصباً محسناً ، و كان ذلك هو الاسلام ، وهو خلاف النص ، الآمدي ج ٣ باب القياس .

(٣) فالاشاعرة يقولون : « لا حكم قبل الشرع » فالصالح - في مذهبهم - تعرف من تتبع موارد الشرع ، وقبله لا يقبل للعقل بادر اكتها .

والمنتزلة يقولون ان العقل يدر كها ، والشرع جاء كاسفاً لما فهمه العقل - المواقفات

الاولى : **الضروريات** .

الثانية : **المجايات** .

الثالثة : **التحسينيات** ^(١) .

يقول الامام الشاطبي : فتكليف الشرعية ترجع الى حفظ مقاصدها في الخلق
وهذه المقاصد لا تعدد ثلاثة اقسام :

احداها : ان تكون ضرورة .

الثاني : ان تكون حاجة .

الثالث : ان تكون تحسينية ^(٢) .

من هنا اصل بنظرية النصف :

اذا ثبت ان المصالح معتبرة ^(٣) في تشريع الاحكام ، وان الشارع جعل
تلك المصالح مدارا للتكليف صونا لمقاصد الشرعية في الخلق ، وهي مصالح اجتماعية
واقتصادية وسياسية وخلقية . وان الحقوق اثنا قررت كوسائل لتحقيق تلك
المصالح ، تفرع عن هذا اصل امران :

الاول : انه اذا كان قصد الشارع بتشريعه الحقوق تحقيق مقاصدها، وجب
ان يكون قصد المكلف في استعمال الحق موافقا لقصد الله في التشريع والا كان
مناقضا لقصد الشارع ، ومناقضة الشرع باطلة - فيها أدى اليها باطل - لات

(١) وهي تعود الى مكالم الاخلاق ومحاسن العادات ، ومن هنا جاءت الاحكام
او القواعد الأخلاقية مختلطة بالاحكام البشرية في الفقه الاسلامي ، لأن القيم الأخلاقية مقصد
تدور جملة من الاحكام التكاليفية لإقليمته ولصيانته وحفظه او بذلك لا ينفصل المعنى الخلقي
عن القواعد التشريعية في الفقه الاسلامي .

(٢) المواقفات ج ٢ ص ٨ .

(٣) انظر في بيان هذا اصل ايضاً « قواعد الاحكام » للعز بن عبد السلام ج ٢
ص ٥٨ ، والاهتمام للشاطبي ج ٢ ص ١١٤ واعلام المؤمنين لابن قيم الجوزية -
ج ٣ ص ١ .

المقصود غير الشرعي هادم للقصد الشرعي ، ومفوت للصالح التي قررت من أجلها الحقوق ، ومن هنا نشأت نظرية الباعث او الدافع^(١) الذي يحرك الارادة الى التصرف لتحقيق اغراض غير مشروعة تحت ستار الحق، وعلى اساسها ابطلت الحيل ، أي على أساس ان الشريعة مبنية في احكامها على مقاصد وغايات ، لا يجوز هدمها عن طريق التحيل - على قواعد الشرع بتقديم امر ظاهر الجواز لتحليل حرم او اسقاط واجب^(٢) ؛ لأن التحيل منافق لاعتبار المصالح في الاحكام ، اي مضاد وهادم لقصد الشارع ، والمناقضة باطلة بالاجماع .

كما ان في اتخاذ الحق وسيلة للضرار بالغير بما ينافق قصد الشارع ، لأن الحقوق شرعت لدرء المفاسد وجلب المصالح ، لا تكون اداة للضرار بالناس .
الثاني : ان النظر في مآلات الافعال يعتبر مقصود شرعا - إبان الاجتهاد التشريعي او استنباط الاحكام ، ويتعين على المجتهد ان ينظر في هذا المآل ، وعلى ضوئه يتکيف الفعل .

ومعنى هذا ان يتوجه نظر^(٣) المجتهد الى نتيجة العمل بالحكم وثمرته - درءاً للتعسف في التشريع او للتعسف في استعمال الحق - فان كان الحكم يتوجه نحو المصالح التي هي المقاصد والغايات شرع الحكم بقدر ما يناسب طلب هذه المقاصد المقررة ، اي على ضوء تلك النتيجة او المآل يطلب الشارع او يمنعه ، ومن هنا كان تخصيص النص بالمصلحة ، وتقيد مطلقه ، واستثناء حكم الواقع من اصل عام بالنظر الى المآل ، وتفرع على هذا اصل مبدأ الذرائع والاسمحان كما ذكرنا ، ومبدأ المصلحة المرسلة ، ومبدأ تغير الاحكام بتغير الازمان ، كل هذه المبادئ تؤيد فظورية التعسف ، وتقيد الحق بغايته ، وتدرك التعسف في استعمال الحق ، والتعسف في التشريع الاجتهادي على سواء .

وهذا التعليل يدل على ان الحقوق وآثارها من الافعال المشروعة اما هي

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٢ - المواقفات ج ٢ ص ٣٢٣ وص ٣٣١ وص ٣٣٣

(٢) المواقفات ج ٤ ص ٢٠١ وما بعدها .

(٣) انظر كتاب ابن تيمية ، للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص ٥٠ .

وسائل شرعية ، جواز استعمالها رهن بتحقيقها للغاية التي شرعت من أجلها ، حتى اذا افاقت مآلـا الى نقض قصد الشرع ، منع المكلف من التسبب في الفعل ، اي منع من استعمال الحق .

والملاصقة :

ان هذا الاصل يقيـه استعمال الحق ، ويجعل شـرعة استعمالـه رـهنا باتجـاهـه الى تـحـقـيقـ الغـاـيـةـ منـ شـرـعيـتـهـ .

والاتجـاهـ الىـ ذـلـكـ يـعـتمـدـ أمرـينـ :

الاولـ : القـصدـ اوـ الـبـاعـثـ ، فـيـتـعـيـنـ انـ يـكـونـ قـصـدـ المـكـلـفـ فـيـ الـعـمـلـ مـتـجـهـاـ إـلـىـ تـحـقـيقـ مـقـصـدـ الشـرـعـ فـيـ التـشـرـيعـ .

الثـانيـ : الاـ يـكـونـ الـعـمـلـ مـنـاقـضاـ مـنـ حـيـثـ الـمـآلـ وـالـثـمـرـةـ لـلـاـصـلـ الـذـيـ قـامـتـ عـلـيـهـ الشـرـيعـةـ مـنـ جـلـبـ الـمـصالـحـ وـدـرـءـ الـمـفـاسـدـ .

المبحث الثاني

الأساس الثاني :

أصول التكافل الاجتماعي في الإسلام

اذا كان من الثابت عمـا وـاـقـعـاـ أنـ التـضـامـنـ المـادـيـ هوـ ماـنـقـضـيـهـ ضـرـورـاتـ العـيـشـ فـيـ جـمـاعـةـ ، وـطـبـيـعـةـ الـعـمـرـانـ ؟ـ اـذـ لـاـ يـسـتـقـيمـ اـمـرـاـجـيـةـ الاـ بـالـتـضـامـنـ الـاجـتـمـاعـيـ المـادـيـ بـيـنـ الـافـرـادـ ، فـانـ هـذـهـ الحـقـيـقـةـ الـتـيـ يـنـبـقـ عـنـهاـ مـذـهـبـ التـضـامـنـ الـاجـتـمـاعـيـ كـأـسـاسـ لـلـقـاـنـونـ ، وـالـتـيـ تـبـلـوـرـتـ فـيـ الـعـصـرـ الـحـاضـرـ لـدـىـ بـعـضـ رـجـالـ الـفـقـهـ

الغربي^(١) فلتأخذ منها قاعدة يتفرع عنها القواعد القانونية جميعاً، بحيث لا تتناقض في حكمها مع ذلك الأصل العام الذي هو قوام الحقوق جميعاً، أقول إن هذه الحقيقة لم تأت بها الشريعة فلسفية، وإنما جاءت بها عملاً شرعياً محكماً منبثاً في جميع فروع الفقه الإسلامي كأنفذه حالاً.

على أن التضامن المادي في الشريعة الإسلامية - بحكم تعاليمها السماوية - لا يمثل إلا جانباً من التكافل الاجتماعي العام في الإسلام، ولا يقتصر على سد حاجة الأفراد أو المجتمع مادياً من حيث الغذاء والكساء والسكن ، من كل ما هو ضروري لقيام الحياة في صورتها المادية ؛ بل يتناول حفظ مقومات الفرد الأساسية في الحياة، من حفظ دينه ونفسه ومائه ونسله وعقله^(٢).

وبذلك شمل نواحي الحياة مادياً ومعنوياً .

النطافل أو هماعي وليد الراصول العامة في التسريع :

على أن التكافل الاجتماعي في الإسلام لم يفرض فرضاً على المكلفين العاملين باحکامه ؛ بل كان نتيجة طبيعية لاصول عامة مستقرة يقوم عليها التشريع الإسلامي ، خلقية وشرعية وهي :

اولاً : الرحمة :

فالرحمة هي الغاية من انزال الشريعة « وما ارسلناك الا رحمة للعاملين »

(١) الفقيه الفرنسي دوجي ، غير أن هذا الفقيه تطرف فالغنى ذكرة الحق وحوها بذاته إلى وظيفة اجتماعية ، في حين احتفظ الفقه الإسلامي كما بيننا بفكرة الحق كدعاية أساسية للتنظيم الشرعي الإسلامي، وأقام التوازن بين الحقوق المتعارضة، ولأساسها الفردي مع المصلحة العامة عن طريق نظرية التعسف .

(٢) التكافل الاجتماعي في الإسلام - كتيب - للاستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت .

وفي مفهوم الرحمة يدخل مفهوم العدل ؛ إذ العدل في الحكم رحمة ، والاحسان -
وهو تجاوز العدل في التعامل إلى الفضل - رحمة .

على ان الرحمة - كعامل نفسي - تستلزم انتفاء نية الاضرار عقلا، ف الحديث :
«لأضداد ولا ضرار»، من مستلزمات قانون الرحمة المسيطر على التعامل والنشاط
الاقتصادي في الاسلام بوجه عام ، وحال ان تجتمع في العوامل النفسية عاطفة
الرحمة ، ونية الاضرار ، فاذا كان الحديث «لأضداد ولا ضرار» يعتبر
قاعدة اساسية حاكمة على جميع الحقوق بتقييدها - من حيث بواسطتها استعمالها
او مآلها - بعدم الاضرار والضرر، فان ذلك لازم عقلي لقانون الرحمة، كما يقول
الأمدي في صدد اثبات ان الاحكام معللة بمصالحة العباد بالادلة العقلية :

« وأيضا - وهو وجه ثان معقول - فان الاحكام مما جاء بها الرسول ،
فكان رحمة للعاملين ؛ لقوله تعالى « وما ارسلناك الا رحمة للعالمين » فلو خلت
الاحكام عن حكمية عائدة الى العالمين ، ما كانت رحمة ؟ بل نعمة ؟ لكون التكليف
بها يخض تعجب ونصلب . »

على ان المصلحة اذا كانت غاية الحق ، فليس هذه المصلحة مجردة عن الرحمة ؟
بل الرحمة ثمرة المصلحة وغايتها ^(١) .

ثانياً - الاخوة :

يقرر القرآن الكريم الاخوة كحقيقة واقعة ثابتة « إِنَّا مُؤْمِنُونَ إِخْوَةً »
« فَاصْبِرْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْرَوْنَا » وهذه الحقيقة يعلمها المؤمن ، ويشعر بها صلة بينه وبين
غيره من الفرد والجماعة ، فيحركها ، وينزل على مقتضيات هذه الصلة في
كل تصرف :

(١) مقال للأستاذ اي زهرة رسالة الاسلام عدد ١١ سنة ١٤٢٨ مص / ١١ .

لا يقال إن هذه العوامل النفسية لا مجال لها في البحث الفقهي ؛ لأننا نقول :
إن نية الاضرار - وهي عامل نفسي محض ، من البراءات التي يقيم لها
القانون وزناً ، ولا سيما في نظرية التعسف^(٢) ، ويعكس أثراها على التصرف ،
فيجعله غير مشروع بعد أن كان مشروعًا في الأصل ، فلامانع من أن نأتي
بالعوامل النفسية الأخرى التي غرسها الشريعة في النفس الإنسانية ، بمحنة لا يتصور
اجتماعها عقلًا مع نية الاضرار .

وإذا كانت نية الاضرار إبان استعمال الإنسان لحقه بما يدخل بالتضامن
الاجتماعي ، فالرجمة بما يعمل على خلق هذا التضامن وتوسيقه

ثالثا - الولاية والتناصر : قال تعالى :

« المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » .

وهي تقتضي التناصر والتضامن في جميع شئون الحياة بمقتضى الإيمان .

رابعا - المحبة :

« لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه » وهي ثمرة الاخوة ،
والاخوة ثمرة الإيمان ، فالمحبة ثمرة الإيمان .

فهذه دوافع طبيعية يخلقها الإيمان في جميع المجالات الحيوية ، وهي التي تخلق
التسكالف بين المؤمنين .

ومازى الأحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة والمتصلة بالتسكالف
الاجتماعي الظاهرة هذه الأصول النابعة من تلك القيمة العظمى التي القى بها
الإسلام في المجتمع البشري ، وهي عقيدة « الإيمان » ببدأ الخير الاسمي ، وهو

(١) راجع المادة ٦ / فقرة أول / من القانون المدني في الجمهورية العربية المتحدة .

الله تبارك وتعالى ، ومن هنا ندرك مدى امتناع القواعد التشريعية ببادئه
الدين والخلق .

فقول الرسول عليه الصلاة والسلام :

« المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه ببعض » وقوله « المسلم من سلم المسلمين
من لسانه ويده » أي لا يؤذى المسلم أحداً من المسلمين بفعل ولا قول ^(١) ،
وقوله : « مثل المؤمنين في توادهم ... الحديث » وغير ذلك كثير ، مما
يؤكد ذلك .

وقد يصل المسلم - بفعل هذه الدوافع اليمانية الطبيعية الى حد التسوية
والاشتراك في الحيرات والمنافع ؛ بل الايثار ^(٢) .

« ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة » « ويطعمون الطعام على جبه
مسكيناً ويتيمأ وأسيراً » .

وخلل هذا الايثار ، اذا لم يضيق المؤثر على نفسه مقصوداً من مقاصد
الشارع في المحافظة على نفسه ، أو دينه ، أو عرضه ، فان توقيع ذلك في غالب
ظنه كان المقصد الشرعي اولى بالرعاية .

خامساً - التعاون على البر والتقوى - ومحاباة الاثم والعدوان :

اذا كان الفرد - في نظر الشريعة - ذا كيان مستقل ، وشخصية ذاتية
مسئولة ، بدليل الاعتراف له بحقوقه من الحرية والعصمة والمالكية ^(٣) ، فهو - مع
ذلك - يرتبط بمجتمعه - افراداً وجماعات - برباط البر والخير المشترك ، أو

(١) احياء علوم الدين للغزالى ، ج ٢ ص ١٩٠ وما بعدها . وقرأ مجاهه فيه من
مثل هذه الآثار حتى ص ١٩٩ .

(٢) المواقفات ج ٢ ص ٣٥٢ وما بعدها .

(٣) التوضيح ج ٢ ص ١٦٢ .

الصالح العام ، فاستقلاله ليس مطلقاً ؛ اذ هو مأمور بالتعاون - مع غيره من يعيش في مجتمعه بوجه جاًص ، والمجتمع الانساني بوجه عام - في دائرة البر ، والبر اسم جامع لكل خير ، فيشمل التعاون في جميع أوجه الخير في الحياة ، وتصرفة في جميع أوجه نشاطه مقيد بالتعاون في هذه الدائرة .

وعلى هذا ، فالمسلم مأمور بالتصريف على نحو لا يضر بغيره من الافراد - فذلك من مقتضى التعاون ، ولا يضر بالصالح العام ، وهذا هو التصرف الذي ينطوي على المعنى الاجتماعي الذي دعا اليه الاسلام ؛ بل هو منهي عن كل تصرف يخلو من هذا المعنى الاجتماعي ، او ينطوي على الإثم والاضرار ، بقوله تعالى : « ولا تعاونوا على الامم والعدوان » .

فالآية الكريمة - كما نرى - تنطوي على أصل عام ذي وجهين ايجابي: هو التصرف على وجه تعاوني في حدود البر والخير المشترك ، ووجه سلبي وهو بجانبة الإثم بشتى صوره ، ومنه الاضرار بالغير ، والغش نحو قواعد الشرعية ، كالتحايل المفضي الى خرم تلك القواعد من تحليل حرم او اسقاط واجب .

وعلى هذه القاعدة التضامنية التعاونية بوجهها الاجياني والسلبي ، تقوم الاحكام التفصيلية في الشريعة الاسلامية ، وادا كان الاصل بعمومه يشمل جميع صور التعاون في الحياة مادياً ومعنوياً ، فان الاصوليين جعلوها اصلاً يحتمل اليه في تكيف التصرفات المشروعة اذا اخذت ذريعة للاحتيال على قواعد الشرع بوجه خاص . وبيان ذلك :

أنه فيما يتعلق بنظرية التعسف ، احتمل الاصوليون الى هذه القاعدة العامة التي تعتبر اساس نظرية الشريعة الاسلامية في إعمال اليمان غير المشروع ، في ابطال التصرف ، شريطة أن يتصل علم المتعاقد الآخر بالباعث ، حتى اذا علم ابطل التصرف ؛ لأنهم اعتبروا أن تفتيذ مثل هذا التصرف من باب التعاون على الامم ، وهو من نوع بالنص .

وفي هذا يقول الامام الشاطبي : إن جميع الفقهاء اتفقوا على أنه لا يجوز التعاون على الإثم باطلاق ، والخلاف فيما يتحقق به التذرع ^(١) .

وعلى ذلك تكون هذه الآية قيداً على التصرف بوجه عام بأن يكون في دائرة البر ، ومنه استعمال الحق ؛ بل هي الاساس الذي تقوم عليه نظرية الشريعة كما قدمنا .

المبحث الثالث

الاساس الثالث

التضامن المادي واثره في تقييد الحق

بالفصيحة المصلحة العامة

يبدو مظهر هذا التضامن في القواعد الفقهية التي تنسق بين المصالح الفردية المتعارضة ، أو بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة ؛ فمن ذلك : قاعدة « الضرر يدفع بقدر الإمكان ^(٢) » - وقاعدة « الضرر يزال ^(٣) » - وقاعدة « الضرر الأشد يزال بالأخف ^(٤) » .

قدفع الضرر قبل الواقع ، أو إزالته بعد الواقع ، قد لا يتاتي إلا بحدوث ضرر آخر ، فيتعارض دفع الضرر أو إزالته ، والضرر الناشئ منها ؛ لذا وضع الفقهاء أحكاماً لذلك فقالوا :

(١) المواقفات ج ٣ ص ٣٦٠ وما بعدها - و ج ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة ٣١ .

(٣) المادة - ٢٠ .

(٤) المادة - ٢٧ .

إن الضرر الذي يراد دفعه أو إزالته ، أما عام أو خاص ، فإن كان خاصاً فاما أن يكون أشد أو أخف أو مماثلاً ، وقد استتبط الأصوليون والفقهاء لكل حال قاعدة ، وأنوا بتفريعات متعددة^(١) .

تفصيم الحق الفردي إزاء المصلحة العامة :

فإن كان الضرر عاماً، فقد وضعوا له القاعدة الآتية ، «يتحمل الضرر الخاص الدفع ضرر عام^(٢)» . وبيان ذلك - أن التصرف المأذون فيه شرعاً للفرد - بجلب مصلحة أو درء مفسدة - لا يطلق القول فيه بالشرعية^(٣) - فقد ينشأ عن هذا التصرف الفردي المشروع في الأصل، ضرر عام، يلحق المسلمين عامة، أو قطرأً من أقطارهم، أو أهل بلد ، أو جماعة عظيمة من أهل البلد ، ويغلب على الظن وقوته ، وعندئذ ينبع الفرد من هذا التصرف، وإن لحق به ضرر؛ لأنه ينجبر بالتعويض العادل إن كان له وجه ، وذلك لما يثول إليه من إخلال ببدأ التعاون أو المصلحة العامة ومن المقررات الشرعية أن «الضرر الخاص يتحمل الدفع ضرر عام» .

وضابط ذلك - كما ترى - الموازنة ، بين المصلحة التي شرع التصرف من أجلها، وبين ما يلزم عنها من مفسدة مساوية أو راجحة، فإذا لزم عنها ذلك، أصبح التصرف غير مشروع ، لمناقضته قصد الشارع ، ولو كان في الأصل مشروعًا . ووجه المناقضة : أن الشارع الحكيم لم يأذن في التصرفات لتكون وسائل^(٤) لتحقيق مفاسد مساوية للمصالح التي شرعت من أجلها، أو راجحة عليها، لما في ذلك من التناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة ، من جلب

(١) سياق مزيد بحث في القواعد التشريعية التي تعتبر مؤيدات لنظرية التعسف ، بل دعامات أساسية تنهض بها ، مع التطبيقات العملية .

(٢) المرجع السابق مادة ٢٦ .

(٣) المواقفات ج ٤ ص ١٩٨ .

(٤) المواقفات ج ٣ ص ٢٥٩ .

المصالح ودرء المفاسد ، ومن ان درء المفسدة ، مقدم على جلب المصلحة .
وأيضاً فان المنطق الاصولي قاضٍ بأن التشريع كلّ متsons لا تناقض
أجزاء مع الاصل العام ، ولذا وجوب التنسيق بين الاحكام الجزئية وقواعد
التشريع العامة ، وهو ما تتطلع به نظرية التعسف في استعمال الحق ؛ إذ تقضي
النظرية في هذا الصدد ، بأن التصرف المشروع في ذاته لا يبقى على أصل
المشرعية اذا تناقض مع مبدأ التعاون ^(١) - كما يسميه الإمام الشاطبي - او
المصلحة العامة .

ولذا قيد التصرف الفردي - سواء كانت بقتضى حق أم إباحة - بنع
الأخلاق بمبدأ التعاون ، او بالمصلحة العامة ، ودرءاً لمناقضة الشارع ، لما بينا .
وعلى هذا ، فالاصل ^(٢) الذي يدور عليه بناء مشروعية التصرف الفردي
- درءاً لمناقضة قصد الشارع - الا ينافق روح الشريعة وقواعدها العامة أو
اصلها العام .

وهذا القيد الذي يلقى به مبدأ التعاون على التصرف الفردي المشروع في
ذاته - يجعل للحق معنى اجتماعياً - كما يجعل الفرد مرتبطاً بجماعته برباط التعاون في
دائرة البر والخير المشترك .

وهذا المعنى الاجتماعي ، للحق او الاباحة في الشريعة الاسلامية ، هو مقتضى
مبدأ التضامن الاجتماعي ؛ ولذا قيدت حرية التجارة - كتلقى السلع ، وبيع
الحاضر للبادي ^(٣) - بما ينفي الضرر عن اهل البلد ، فالتصرف في الاصل مأذون
فيه ؛ لأنّه يتعلّق بصلة فردية هي إرفاق الشخص لعياله ، وكسب الرزق باید دفع
عنهم الحاجة والعسر ، أو يقيم أوّد حياتهم ، فالمصلحة - كما ترى - حاجية ، وقد تبلغ حد

(١) المواقفات ح ٣ ص ٢٥٩ .

(٢) سنن أبي داود ج ٣ ص ٣٦٧ ، التوكى على مسلم ج ٤ ص ٨ ، مصادر الحق
في الفقه الاسلامي للدكتور السنهوري ج ٢ ص ٩٠ - ٩٢ ، بداية المتجدد ج ٢
ص ١٣٨ ، فتح القدير ج ٦ ص ١٠٦ ، الاجياء للغزالى ج ٢ ص ٨ .

الضرورة؛ ولكن - مع هذا - لا يطلق القول بالمشروعية بالنظر الى ما يؤود اليه تصرفة - ولو كان الباعث عليه مشروعأ - من مآل من نوع ، وهو الاخلاع ببدأ التعاون^(١)، كما يقول الامام الشاطئي ، فرجح ما يتضمنه هذا المبدأ لما فيه من دفع ضرر أشد ، فلو أطلق القول في التصرف الفردي المأذون في الاصل بالمشروعية ، دون نظر الى مآلاته ، فربما ادى استجلاب المصلحة الى مفسدة مساوية او راجحة ، فيكون هذا المآل المنوع - لاخلاله ببدأ التعاون - مانعاً من القول بالمشروعية ، توقياً من مناقضة الشرع ، او قل من التعسفي في استعمال الحق ، وبهذا ترجح المصلحة العامة .

هذا الترجيح الذي يعتمد ضابط الموازنة ، كما ذكرنا ، هو صورة من صور تطبيق اصل من اصول نظرية التعسفي ، ولا ينظر في هذا الترجيح الى العوامل النفسية من البراءة او الدوافع ؛ بل ينظر الى النتيجة المادية الواقعية او المتوقعة ، وهو ما يسمى بالمال الذي يؤثر في تكثيف الفعل المشروع في الاصل ، درءاً للتعسفي .

وهكذا نرى بخلاف ان مبدأ التضامن او التعاون يقيد استعمال الحق الفردي ، فيمنع التصرف الفردي المشروع في الاصل اذا اخل ببدأ هذا التضامن او التعاون من حيث المال .

ويؤكد الامام الشاطئي هذا المعنى بقوله^(٢) « كلئع من تلقي الركبان » ، فان منعه في الاصل من نوع ؛ اذ هو من باب منع الارتفاق ، وأصله ضروري او حاجي ؛ لاجل اهل السوق ، ومنع بيع الحاضر للبادي ؛ لانه في الاصل منع من النصيحة ، إلا انه إدراك لاهل الحضر . وتضمين الصناع قد يكون من هذا القبيل ، وله نظائر كثيرة ، فان جهة التعاون هنا أقوى . وقد أشار الصحابة على الصدق - اذ قدموا خليفة - بترك التجارة ، والقيام بالتجزف على العيال ؛ لاجل ما هو اهم في التعاون ، وهو القيام بصالح المسلمين ، وعوضه من ذلك في بيت المال^(٣) .

(١) المواقفات ج ٣ ص ٤٥٩ وما بعدها .

(٢) المواقفات ج ٣ ص ٢٦٠ .

(٣) المرجع السابق ج ٣ ص ٢٦٠ . وانظر تعليقات الاستاذ الشيخ عبد الله دراز في المائش .

ويقول الشيخ عبد الله دراز في تعليله شارحاً قول الامام الشاطبي هذا ، في بيان الاصل الذي يقوم عليه منع تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ما يلي : «وامال هذا الكسب وتركه - اي تلقي السلع - منه عنه؛ ولكنه يؤدي الى مصلحة عامة، حيث يشترون من السوق حاجاتهم بدون تعنت الوسيط الذي يرفع الأثمان ، فهو منه عنه يؤدي الى مطلوب ، هو إدراك العامة ، فقدمت المصلحة العامة » .

«ومنه بيع الحاضر للبادي: هو من الضروري او الحاجي، وهو نصح مطلوب وتركه منه عنه ؛ لكن هذا الترك فيه تعاون ودفع بأهل الحضر ؛ لات البدوي يبيع لهم حسماً يفهم هو في الاسعار، ولكن الحاضر اذا باع له ، يقف على الاسعار الجارية في الحضر ، وفيه تضييق عليهم ، فالغنى النهي عن ترك النصح ، وروعى المطلوب ، وهو التعاون ؛ ورقاً بالحضر؛ وقد يعوداً للمصلحة العامة (١)». ويقول الشيخ عبد الله دراز أيضاً : هذا ، « وباب الحكم على الخاصة لأجل العامة واسع ، ومنه نزع الملكية الخاصة لمنافع العامة ، ومنه تشريع جث الاموات لفائدة طب الاحياء ، الى غير ذلك (٢) » .

وإذا جاز نزع الملكية الخاصة من اجل توسيع مسجد أو طرقات عامة ؛ فلأن تنزع لصلاحة اكبراً في حياة الجماعة من الناحية الاقتصادية من باب اولى، فقواعد الشريعة لا تأبى ذلك، مادامت تعتمد في الحلال والحرمة، وبالتالي في الاذن والمنع ، على ضابط الموازنة بين النتائج. ونورد امثلة من كتب الاصوليين والفقهاء - بختلف مذاهبهم - لتوكيد اجماعهم على هذا اصل ، وهي - في الوقت عينه - تسفر عن روح الشريعة من خلال ما أتوا به من احكام .

ففي المذهب الحنفي والمالكي : يجوز نزع ملكية ما يحتاج اليه المسجد او

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق - انظر المامش .

الطرقات العامة لتوسيعها من أرض مجاورة بملوكة للأفراد ، وإذا امتنع^(١) نزعت جبراً ، وذلك بالقيمة التي يساويها العقار ، ويقول الإمام الشاطبي : إن الامتناع في مثل هذا الحال يعتبر تعدياً^(٢) أي تعسفاً .

ويقاس على ذلك توسيع مجرى نهر ، أو إنشاء جدول أو مصرف عام ، أو إنشاء مستشفى ، أو توسيعة ، أو ما أشبه ذلك ، بما له صلة بالمصلحة العامة ، إذا تعين النزع طريقاً إلى ذلك ، وهذا من باب « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ». وقد ثبت أن رسول الله ﷺ حمى أرض النقيع^(٣) تحيل المسلمين المرصودة للجهاد ، وقد قال رسول الله ﷺ : « لا حمى إلا الله ورسوله » ويقول أبو عبيد في كتابه الأموال : « للإمام أن يحمي ما كان لله مثل حمي النبي ﷺ ، وكذلك حمي عمر (رضي الله عنه) أرضاً بالربذة والشرف^(٤) ، وهذا كله من باب قضاء المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

والمعنى الذي من أجله قدمت المصلحة العامة ، يمكن القياس عليه والتوضع فيه ، فقد قال ابن قيم الجوزية منافع الزراع والصناعة والعمال والحرفيين وارباب الكفاءات التي تحتاج إليها الأمة ، على الأقوات الضرورية ، بجامع الحاجة ، فتكون في الحكم سواء في منع احتكارها ، ويجيز لرئيس الدولة العادل التدخل لدفع ضرر أكبر عن الناس من خلق ضرر أخف بهذه الطوائف ، باجبارهم على العمل بأجر المثل .

يقول ابن قيم الجوزية : « ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة طائفة كالفلاحة والنساجة والبناء - فلو لي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة

(١) الاختيار شرح المختار ح ٣٨٣ و ٣٨٤ - والمدخل للأستاذ مصطفى الزرقان
٢ ص ٢٢٧ .

(٢) المواقفات ح ٢ ص ٢٠٧ .

(٣) موضع معروف قرب المدينة .

(٤) وهو موضعان بين مكة والمدينة - و من ٣٥٠ وما بعده ح ١ ص ٣
والمغني - لابن قدامة - ح ٥٢٩ ص ٥٢٩ .

مثلكم ؛ فانه لا تم المصلحة الا بذلك ^(١) .
 ويؤخذ من هذا ايضاً، أن تعلم هذه الاعمال والصناعات على نحو علمي فرض
 على الكفاية ، فلو لي الامر ان يلزم طائفة من الامة بتعلمها اذا لم يقبل احد عليها ،
 والناس في حاجة الى ذلك ، وبذلك يصبح فتح كليات للزراعة والتجارة وما اليها
 وكذلك انشاء المصانع من كل ما تحتاج اليه المصلحة العامة اداء لهذا الفرض الكافي .
 هذا ، وللحجاعة نوع مشاركة في اموال الاغنياء ، وعلى ولي الامر العادل
 ان يرعى المصلحة العامة بفرض ما تقتضيه كفاية المصلحة اذا خلا بيت المال ،
 ولا يقتصر المفروض على الزكاة .

جاء في الجامع لاحكام القرآن لقرطبي في تفسير قوله تعالى : « وآتى المال
 على حبه ذوي القربى » انه قد استدل بها من ذهب الى ان في المال حقاً سوى
 الزكاة ، وقيل الزكاة المفروضة ، والأول اصح ، لما خرجه الدارقطني عن فاطمة
 بنت قيس ، قالت : قال رسول الله ﷺ : « ان في المال حقاً سوى الزكاة » ثم تلا
 هذه الآية « ليس البر ان نولوا وجوهكم . الآية » ^(٢) .
 فالتضامن الاجتماعي المادي ان لم يتحقق تلقائياً ويوافع الدين ، فان ولي
 الامر العادل ملزم بتنفيذ ذلك بقوة السلطان .

جاء في المخل ^(٣) « وفرض على الاغنياء من اهل كل بلد ان يقوموا بفقرائهم
 ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم » واستشهد على ذلك بالآيات
 والاحاديث الواردة في هذا الباب ، وما استشهد به قول عمر رضي الله عنه « لو
 استقبلت من امري ما استدبرت ، لأخذت من الاغنياء فضول اموالهم فرددتها
 على الفقراء » .

وكلاها استندت حاجة المصلحة العامة واتسعت ، كان الفرض آكذ ، والمقدار

(١) الطرق الحكيمية - لابن قيم الجوزية - ص ٢٨٩ .

(٢) الجامع لاحكام القرآن - القرطبي - ج ٢ من ٢٣٢ .

(٣) المخل - لابن حزم ج ٦ ص ١٥٦ .

اكبر ، بحيث يدفع تلك الحاجة ، اذا عجز بيت المال عن الوفاء بها ؟ لتجويه الجيش ، او لدفع مانزيل بالبلاد من خطر داهم ، أو كوارث عامة ، من زلزال او فيضان او بحاعة . وفي هذا يقول الامام الشاطبي في كتابه الاعتصام : « انا اذا فرنا اماماً مطاعماً فتقرأ الى تكثير الجنود لسد الشغور ، وحماية الملك المسع الاقطار ، وخلا بيت المال ، وارتفعت حاجات الجندي الى مالا يكفيهم - فللإمام - اذا كان عدلا - ان يوظف على الاغنياء ما يراه كافياً لهم في الحال ، الى ان يظهر مال بيت المال ، ثم اليه النظر في توظيف ذلك على الغلات والثمرات وغير ذلك ... واما لم ينقل مثل هذا عن الاولين ، لاتساع بيت المال في زمانهم ، بخلاف زماننا ... فإنه لو لم يفعل الامام ذلك النظام بطلت شوكة الاسلام وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار ... »^(١) .

وهنا يؤصل الشاطبي القاعدة التي تحكم تدخل رئيس الدولة العادل في شؤون الافراد رعاية للمصلحة العامة ، فيقول : « فإذا عوض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم بأخذ البعض من اموالهم ، فلا ينافي في ترجيح الثاني على الاول ، وهو بما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد » .

وهذه هي قاعدة « يختار اهون الشررين » ، او قاعدة : « الضرر الاشد يزال بالضرر الأخف » او قاعدة : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » .

ويضرب الامام الغزالى ، مثلا لما يحيى لولي الامر التدخل في الحق الفردي ، ويقاس عليه ما في معناه ، بما هو متصل بالمصلحة العامة ، اذ يقول : « اذا خلت ابدي الجنود من الاموال ، ولم يكن من مال المصالح - بيت المال - ما يفي بنفقات العسكري ، وخيف من ذلك دخول العدو بلاد الاسلام ، او ثوران فتنه من قبل اهل الشر ، جاز للامام ان يوظف على الاغنياء مقدار كفاية الجندي ؛ لأننا نعلم انه اذا تعارض شر ان او ضرر ان قصد الشرع دفع اشدالضررين واعظم الشررين »^(٢) .

(١) الاعتصام الشاطبي - ج ٢ من ١٢١ .

(٢) المستصفى للغزالى - ج ١ من ٣٠٣ .

ويقول الامام العز بن عبد السلام في ترجيع المصلحة العامة عند التعارض مع المصلحة الخاصة ما يلي :

«المصلحة العامة كالضرورة الخاصة ، ولو دعت ضرورة واحد الى غصب اموال الناس لجاز له ذلك ؛ بل يجب عليه اذا خاف الملاك ؛ جموع ، او حر او برد ، وادا وجب هذا لايقاء نفس واحدة ، فما الظن باحياء النقوس .. بل اقامة هؤلاء ارجح من دفع الضرورة عن واحد»^(١) .

ومن الاحكام التفصيلية التي قيدت الحق الفردي ازاء مصلحة الجماعة ، والتي تعتبر مظهراً تشعرياً للتضامن المادي الاجتماعي في الشريعة ما يلي :

١ - اتفاق المسلمين على تضمين الصناع مع ان الاصل فيه الامانة^(٢) .
٢ - وجوب نقض حائط ملوك مال الى طريق العامة على مالكه ؛ دفعا للضرر العام ، وكذلك لو انشق او وهن طولاً او عرضاً^(٣) ويقول صاحب المدایة: ودفع الضرر العام من الواجب ، وله تعلق بالحائط ، فيتعين لدفع هذا الضرر ، وكم من ضرر خاص يتتحمل لدفع ضرر عام^(٤) .

٣ - الحجر على السفيه عندما ، وعليه القتوى ؛ حر صاً على مصلحته هو ، ومصلحة دائنه واسرته ، وعلى مصلحة اموال الامة ، خوفاً من ان يصبح هو واولاده عالة على بيت المال^(٥) .

٤ - اجاز ابو حنيفة الحجر على البالغ العاقل الحر فيها اذا كان مفتياً ماجنا ، ليحفظ على الناس دينهم - والطيب الجاهل ؛ ليحفظ عليهم صحتهم - والمكارى

(١) القواعد للعز بن عبد السلام ح ٢ ص ١٦٢ .

(٢) المواقف ح ٢ ص ٣٥٠ .

(٣) الاشباه والنظائر لابن نعيم ص ١٢١ .

(٤) المدایة ج ٤ ص ١٥٤ .

(٥) الاشباه لابن نعيم ص ١٢١ . وعندما - اي عند صاحبي أبي حنيفة رضي الله عنه وها أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما .

المفلس ؛ ليحفظ عليهم أموالهم ؛ دفعاً للضرر العام^(١).

٥ - منع اتخاذ حانوت للطبع بين البازارين.

٦ - بيع مال المديون المحبوس، عند همها؛ لقضاء دينه، دفعاً للضرر عن الغرماء، وهو المعتمد^(٢).

٧ - بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة وامتناعه من البيع، دفعاً للضرر العام، وكذلك وجوب التسعير عند تعيدي أرباب الطعام في بيته بغبن فاحش^(٣).

٨ - النهي عن تلقي السلع أو بيع الحاضر للبادي إذا كان ذلك ضاراً بأهل البلد^(٤).

ويؤخذ من هذه النصوص التي وردت عن أمة الأصول والمذاهب الفقهية المختلفة - الخيفية^(٥) - المالكية^(٦) - الظاهرية^(٧) - الحنابلة^(٨) - الشافعية^(٩) - ومن الأحكام التفصيلية التي فرعها أصحاب القواعد والفقهاء على مبدأ تقديم المصلحة العامة على الخاصة ما يلي :

أولاً - ان المصلحة العامة - ولو لم تبلغ مرتبة الضرورة بان كانت حاجة تقدم على المصلحة الخاصة ، وتقييد الحق الفردي ، وتكون النصوص الدالة على مصونية ذلك الحق ، او الدالة على مبدأ الرضائة في العقود ، مخصوصة بالمصلحة

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المواقفات ج ٢ ص ٣٥٠ ، والمرجع السابق ج ٣ ص ٢٥٩ .

(٥) رد المحتار - ج ٣ ص ٣٨٣ و ٣٨٤ .

(٦) المواقفات - للشاطبي - ج ٣ ص ٣٥٠ والاعتراض للمؤلف نفسه - ج ٢ ص ١٢١ . الجامع لأحكام القرآن ، تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٧) المعلى - لابن حزم ج ٦ ص ١٥٦ .

(٨) ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكمة ص ٢٨٨ وما بعدها .

(٩) الام - ج ٣ ص ٢٦٦ .

العامة ؛ لأن الحاجة اذا قربت من الضرورة نزلت منزلتها .
وفي الواقع ، ان هذا تخصيص بالنصوص الدالة على نفي المخرج في الشريعة
كما قدمنا ، من قوله تعالى :

« ماجعل عليكم في الدين من حرج » « يربد الله بكم اليسر ولا يربد بكم العسر »
حتى استقر في الفقه الاسلامي قاعدة محكمة « المشقة تجلب التيسير »
ثانياً - ان لولي الامر العادل التدخل في شؤون الافراد رعاية لهذا الصالح
العام ، وتنفيذ مقتضياته بقوة السلطان .

ثالثاً - يحكم قاعدة التدخل لتقييد حق الافراد ، قاعدة « بختار ^(١) اهون
الشرين » او كما يقول الامام الغزالى : دفع اشد الضررين واعظم الشرين ^(٢) .
رابعاً - ان تقييد الحق الفردي مبناه القاعدة العامة التي تعتبر من مقتضيات
التضامن الاجتماعي في الفقه الاسلامي « التعاون على البر والتقوى » والتي من
اجلها قد يسلب الفرد حقه في كسب الرزق ، مع ان مصلحته فيه قد تكون
حاجية او ضرورية كما قال الامام الشاطئي - فالمعنى النهي وروعى جانب التعاون
او التضامن ^(٣) - كما ورد في تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي .

خامساً - ان تقييد الحق الفردي - كنتيجة لقضاء المصلحة العامة على الخاصة
في الفقه الاسلامي - لا يقتصر على الحق بعناء الخاص او المعين ؟ بل يشمل
الاباحات ^(٤) ، من حرية التجارة مثلاً - كلتقيي السلع ، فهو مقيد بمنع الضرر عن

(١) مجلة الاحكام العدلية مادة / ٢٩

(٢) المستصفى ج ١ ص ٣٠٣ ومن ذلك ما يتفرع عن هذه القاعدة ، يتحمل الضرر
الخاص لدفع ضرر عام - المجلة العدلية مادة / ٢٦ .

(٣) المواقفات ج ١ ص ٢٥٩ .

(٤) وثمة امثلة اخرى لتقييد الاباحات من اجل المصلحة العامة من مثل حق التملك ،
 فهو مقيد ايضاً بما لا يضر بجماعة المسلمين ، فقد أورد الشافعى في كتابه الام ج ٣
ص ٢٦٦ انواعاً من المعادن الظاهرة التي لا يفتقر في استخراجها الى مؤنة ، عن ان تكون
محلاً للتملك - وقد اوردنا فيما سبق ، ان المذهب المالكى - يقتضى رأى فيه - يقرر ، أن
جميع المعادن - جامدة او سائلة - ملك للدولة - ولا يجوز للأفراد ان يكون لهم فيها
حق التملك .

أهل البلد ، فتقييد الحق الفردي بما يمنع الضرر عن الأمة من باب أولى .
وإذا كان التقييد هو ما تقتضيه نظرية التعسف - وقد اتخذ هنا صورة ترجيح
مصلحة على أخرى ؛ دفعاً للضرر الأشد - فمعنى هذا أن مجال تطبيق هذه
النظرية يشمل الحقوق والاباحات .

سادساً - لا ينظر في تقييد الحق الفردي من أجل المصلحة العامة إلى قصد
ذي الحق ، أو الباخت لدبه؛ فقد يكون حسناً ومشروعًا ، ومع ذلك يمنع بالنظر
إلى مآل فعله ، إلا ترى أن الحاضر يمنع من البيع للبادي ولو لم يقصد الضرار
بأهل البلد ؟ بل يقصد إرفاق أهله وعياله ؟

سابعاً - منح الشارعولي الأمر العادل سلطات تقديرية واسعة في النظر إلى المصلحة
العامة ؛ فإليه يرجع النظر في المصلحة ، وتقدير الاجراءات والوسائل التي يتخدتها
رعاية لها ، ومدى تلك الاجراءات ، والوسائل الكفيلة بذلك ، شريطة أن يكون
عدلاً ، وهذا ما يفيده أقوال الأئمة :

من مثل قول الإمام الشاطبي: «فللامام - إذا كان عدلاً - أن يوظف على الأغنياء
ما يراه كافياً في الحال ..»^(١) ويقول أيضاً ثم «إليه النظر في توظيف ذلك»^(٢)
وفي تقديم الجار والجرور افاده الاختصاص في النظر المطلق ، وهذه هي
السلطة التقديرية الواسعة .

هذا ولا يشترط في المصلحة العامة التي يمنع الفرد من التصرف المأذون له
فيه - بحسب الاصل - جلب مصلحة او دفع مفسدة ، رعاية لها ، ان يترتب على
الاخلال بها ضرر يلحق الأمة كافة ؛ بل يكفي ان ينال الضرر أهل بلد ، او
جماعة عظيمة منهم ؛ أو أهل حي من احياء تلك المدينة؛ لأن العبرة في الترجيح
هذا بين المصالح هو كثرة المفاسد على المصالح .

(١) الاعتصام بـ ٢ ص ١٢١ .

(٢) المرجع السابق .

المبحث الرابع

الوسائل الرابع :

أثر التضامن الاجتماعي المادّي في تقييد الحقّ الفردي

بالنسبة للمصالحة الخاصة

قيود يفرضها مبدأ التضامن الاجتماعي على حق الملكية

تبعد هذه القيود ظاهرة في أبرز الحقوق الشخصية ، وأبلغها أثراً في الحياة الاجتماعية والاقتصادية ، وهو حق « الملكية » ، فترى بعض الأصوليين وأئمة المذاهب لا يقترون تقييد هذا الحق على حالة تحضن قصد الاضرار بالغير ، بحيث لا يكون للمالك من غرض سوى الاضرار بالغير في استعماله لحقه ؟ بل يقيدون هذا الحق ايضاً ، ولو كان للمالك غرض صحيح ، وسلك في سبيل تحقيقه الطريق المعتمد ، اذا تعدى ضرره الى الغير ، عند الإمام احمد ، ووافقه الإمام مالك في بعض الصور^(١) .

هذا ، ويوجب الفقه الاسلامي على المالك السماح لغيره بالارتفاع على ملكه اذا لم يبعده عن الاول ضرر ، ويعتبر امتناعه عن ذلك تعسفاً في استعمال الحق ؛ لأنّه يخل ببدأ المعنى الاجتماعي الذي ينطوي عليه مفهوم الحق في الاسلام ، والذي يلزم المالك مراعاته ابان استعماله لحقه .

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها .

وبامعنى النظر في هذه القيود ، من الناحية الابحاجية ، بـالـأـيـكـونـ منـ المـالـكـ تـصـرـفـ اـيجـاـبـيـ يـضـرـ بـغـيـرـهـ ، اوـ منـ النـاـحـيـةـ السـلـبـيـةـ، باـمـتـنـاعـهـ عنـ الاـذـنـ لـغـيـرـهـ بالـاـرـتـقـاـقـ بـلـكـهـ اـذـاـ لمـ يـتـضـرـرـ ، يـرـىـ اـنـهـ كـلـهاـ تـرـتـدـ اـلـىـ مـبـداـ التـضـامـنـ وـالـتـكـافـلـ الاـجـتـاعـيـ فـيـ الـاسـلامـ ، وـلـنـفـرـبـ اـمـثـلـةـ نـوـضـحـ هـذـاـ الـاـصـلـ :

أولاً - إن استعمال الحق لجرد قصد الضرار^(١) ممنوع، كما في قضاة صلاته في قضية سمرة بن جندب التي تعتبر أصلاً في هذا الباب^(٢).

ثانياً - اذا اخاطط قصد الاضرار بالغير بغير ض آخر للمالك صحيح ، فينظر فيما اذا كان فعله لازماً وملائماً لذلك الغرض ، بala يكون ثمة وجه آخر من الاستعمال لتحقيقه ، يستضر منه الغير ، فإن كان ولم يتجه اليه ، مع علمه بازوم المذرة قطعاً أو في غالب الظن ، اعتبر متعسفاً ، لأن إصراره على استعمال حقه على ذلك الوجه الضار قطعاً أو ظناً ، مع أن له ندحة في غيره ، مظنة قصد الاضرار ، أو على الأقل مظنة إهماله وقصيره في الاحتياط ، أو إهماله للمعنى الاجتماعي الذي ينطوي عليه مفهوم الحق في الإسلام ، وكل ذلك يوجب منعه ؛ دفعاً للضرر قبل وقوعه ، أو الضمان لما وقع من أضرار ، وقطع التسبب فيه حتى لا يستمر في المستقبل .

وبذلك يتقيّد استعمال الحق بـأن يكون الفعل لازماً وملاقاً^(٣). ولنضرب
مثلاً على ذلك :

المزارع الذي يعلم قطعاً^(٤) أن سقي زرعه في وقت معين يتضرر به زرع غيره

^{٤٨}) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ - الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٤) هذا فضلاً عما ورد في القرآن الكريم من النبي الصريح عن قصد المضاراة في استعمال الحقوق ، كما في الوصية ، وفي الرجعة ، والرطاع .. الخ . وسيأتي تفصيل ذلك في أداة النظرية من الكتاب الكريم .

(١٢) الأحكام السلطانية ، لا يعلى الحنفي ص ٢٨٥ . وسيأتي البحث في هذه القضية مفصلاً في أداة النظرية .

(٣) جـ ٢ موافقات ص ٣٤٨ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٤) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨

أو يتلف ، وهو غير محتاج إلى رعيته في ذلك الوقت المعين ؟ بل له ندحة في ذلك ، ولا يستضر إن سقاه في وقت آخر ؟ فإذا أصرّ على استعمال حقه على الوجه الضارّ ، فإنه يمنع ، وإذا فعل ووقع الضرر ضمن^(١) ؛ لأنّ إقدامه على استعمال حقه على ذلك الوجه ، في حين أنه قد كان له وجه آخر لتحقيق مصلحته لا يتضرر منها غيره ، مظنة التعسف ، أي قصد الإضرار أو الإهمال ، وكلّا هما محلّ بيدأ التضامن الذي يفرض عليه التقيد بمقتضاه إثبات استعماله لحقه على وجه لا يضر بغيره .

أما إذا لم يكن له وجه آخر للاستعمال ، فحق المالك مقدم ، شريطة ألا يتربّط على استعماله لحقه أضرار فاحشة بغيره .

ثالثاً - إجبار المالك على الاذن بالاتفاق بذلكه اذا لم يستضر من ذلك . فإذا امتنع يعتبر متعسفاً ؛ لأن امتناعه لم يكن لغرض صحيح ، وهذا من اظهر وجوه التعسف .

وإذا كان ارتفاق الغير لا يعرى عادة عن نوع ضرر؛ ولكنه اذا قيس بما ينشأ عن امتناعه من ضرر بغيره كان قليلاً أو تافهاً ، أجبر المالك على ذلك أيضاً .

ومذهب : الإمام أحمد أنه لا يجوز^(٢) المنع اذا لم يلحق المالك مضره ، كما في طرح الحشب على جدار الجمار ، ووافقه الإمام الشافعي في القديم .

ومن ذلك أيضاً : إجبار المالك على إجراء الماء في أرضه لصالحة غيره ، كما ورد في قضاء عمر رضي الله عنه على محمد بن مسلمة^(٣)

(١) محاضرة الاستاذ الشیخ ای زهرة في «التعسف»، في كتاب أسبوع الفقه الإسلامي ص ٣٠ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ ، كشاف النقانع ج ٣ من ٣٤٢ ، نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٥٩ ص ٢٦١ المتنقى على موطاً مالك ج ٦ ص ٤٣ . القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٣١ ، المغني ج ٥ ص ٢٩ .

(٣) انظر بحث ذلك مفصلاً في أدلة النظرية من فقه الصحابة .

ومن ذلك : إجبار المالك على أن يسكن في بيته المخطر إلى المأوى ، إذا لم يتضرر المالك ، وكان في الدار متسع .

وهذا في مذهب الإمام أحمد ، ويقال على ذلك الفندق ، كما يقال على البيت المقولات المملوكة ، من مثل الأوعية والأدوات ، وبالمجملة كل ما يمكن أن يتتفع به من عقار أو منقول ، يجبر أصحابه على تكفين غيرهم من الانتفاع بما يملكون عند الضرورة أو الحاجة التي تقرب من الضرورة .

واختلف العلماء فيأخذ أجر المثل على ذلك ، فبعضهم أجاز ، وبعضهم لم يجز ، ومن حرم أخذ الأجرة أوجب التمكين من الانتفاع بمحاناً ، وهو قول ابن تيمية^(١) . وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور من تقييد لحق المالك فيما يفرضه عليه مبدأ التعاون الذي وردت به الآية الكريمة ، « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » وقوله تعالى : « فويل للمصلين الذين هم عن صلتهم ساهون الذين هم يراءون وينعنون الماعون^(٢) » .

ولعلنا لا نجد نظيراً لهذه الأحكام ، في تأكيد مبدأ التعاون عملياً في أرقى التشريعات المعاصرة .

ومن ذلك : يجبر المالك البتر وعين ماء في أرضه على بذل فضل ما فيه لصلاحة غيره عند الحاجة .

يقول ابن جزى : « إن غارت بئر جاره ، وله زرع يخاف عليه التلف ، فعليه أن يبذل له فضل ما فيه ، مادام متشارغاً بإصلاح بئره^(٣) » وليس لهذا الإجبار من معنى إلا تحقيق معنى التضامن الاجتماعي المادي ، وأن حق الملكية ليس مطلقاً في الإسلام .

(١) الطرق الحكيمية لابن قيم الجوزية ص ٣٠٥ .

(٢) سورة الماعون .

(٣) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٢٠ ، والقواعد لابن رجب ، قاعدة ٨٥

ومن ذلك إجراء الماء في أرض غيره^(١)

وما يوضح أن حق الملكية في الفقه الإسلامي «لا سبها في العقار» لم يتقرر لأصحابه حقاً مخالفاً ، هذه القيود التي القت على ممارسته ليكون أداة تحقيق لمبدأ التضامن بين الأفراد ، لا سبها في الأموال المتجاءرة ، وهي لا تعتبر قيوداً اتفاقية بنتجها تقابل إرادتين ؛ بل مفروضة على حق الملكية فرضاً، بما يقطع بأن الغاية من هذه القيود هي أداؤه لوظيفته الاجتماعية .

فُلُو احْتَاجَ شِخْصٌ إِلَى أَجْرٍ مَا هُنَّ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ يَعُودُ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ؛ فَانْهِيَّ بِهِ عَلَى ذَلِكَ فِي أَحَدِ الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ^(۲) وَالْإِجْبَارُ هُوَ قَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فَيَارُواهُ مَالِكُ فِي الْمَوْطَأِ عَنْ عَمَرِ بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ عَنْ أَبِيهِ :

« ان الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض ، فاراد ان يير به في ارض
محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : لم تقنعني وهو لك منفعة ، تشرب
اولاً وآخرأ ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، قدعا
عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة ، فأمره ان يخلّي سبيله ، فقال محمد : لا ، فقال عمر :
لم تقنع أخاك ما ينفعه ، وهو لك نافع ، تسقى به اولاً وآخرأ ، وهو لا يضرك ؟
فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرّن به ولو على بطنك . فأمره عمر ان يير
به ، ففعل الضحاك ^(٣) » .

فقضاء عمر رضي الله عنه في هذه الواقعة ينطوي على معيار استعمال حق الملكية في مثل هذا الوضع، وهو انه لا يجوز ان ينبع المالك غيره من الانتفاع او الارتفاق

(١) القراءد لابن رجب القاعدة ٨٥ ص ١٩١ ، المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٥
والمغنى ج ٤ ص ٩٤ .

(٢) الطرق الحكمية ، المغني ج ٢ ص ٤٩٤ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ .

(٣) سيناتي هزيد بحث في هذا الأثر في أدلة النظرية من فقه الصحابة .

بلكه اذا كان ذلك لا يضره ، ويجب على المالك ان يخلي سبيل الغير اذا كان
تحتاجاً ؛ بل يجب على ذلك قضاء اذا امتنع تحقيقاً للتضامن الاجتماعي .

ومن ذلك بيع المضرر :

سئل احمد عن بيع المضرر ، فكره ، فقيل له كيف هو ؟ قال يجيئك
وهو تحتاج فتبيعه ما يساوي عشرة بعشرين » .

قد ورد النهي عن بيع المضرر فيما خرجه ابو داود من حديث على ابن ابي
طالب ، انه خطب الناس فقال : انه سيأتي على الناس زمان عضوض بعض الموسر
على مافي يديه ، قال تعالى « ولا تنسوا الفضل بينكم » وبيان المضطرون ، وقد
نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضرر « وخرجه الاسماعيلي وزاد فيه : قال رسول
الله ﷺ ان كان عندك خير تعود به على اخيك ، والا فلا تزيدنه هلاكاً الى هلاكه » .

وقال ابن معقل : « بيع الضرورة ربا »^(١) .

ومن ذلك : تصرف الزوجة في مالها : (التضامن الأسري) :

يرى بعض الفقهاء ان تصرف الزوجة في مالها مقيد بما لايزيد على الثالث الا
باذن زوجها^(٢) ، فعن الامام أحمد رواية : ليس لها ان تصرف في مالها بزيادة على الثالث ،
بغير عوض ، الا بذن زوجها ، وبه قال الامام مالك ، لما روى عن عمر بن شعيب عن
ابيه عن جده ، ان رسول الله ﷺ قال في خطبة خطبها « لايجوز لامرأة عطية في
مالها الا بذن زوجها ، اذ هو مالك عصمتها » ورواه ابو داود ان رسول الله ﷺ قال :
« لايجوز لامرأة عطية الا بذن زوجها » لأن حق الزوج متعلق بمالها .

(١) جامع العلوم والحكم من ٢٦٨ و ٢٦٩ .

(٢) ج ، المغني ص ٦٤ ، خالف في ذلك ابو حنيفة والشافعي وابن المنذر .
وخالف في ذلك الجعفرية ايضاً ، انظر الحالف ج ٢ من ١٢٢ .

وظاهر الحديث انه لايجوز لها مطلقاً ، غير ان الفقهاء خصوه بما لايزيد على الثالث، قياساً على حقوق الورثة المتعلقة بالمريض .

وفي القواعد لابن رجب ، فيما نقله ابن منصور رواية عن احمد فimen تصدق عند موته بالله كله قال : « هذا مردود ، ولو كان في حياته لم اجوز له اذا كان له ولد ^(١) ». »

وذهب المالكية والحنابلة الى ان حق الزوج يتعلق بالزوجة .
ويظهر اثر هذا التعلق : في منع الزوجة من ان تتبرع من مالها بما يزيد عن ثلثه ، اذا كان هذا التبرع لغير زوجها .

بل رروا عن الامام مالك ان للزوج ان يرد تبرعها بالثالث ايضاً اذا تبين انها تريد بذلك مضرته ، واختار هذا القول ابن رجب .

واما تبرعت الزوجة بجميع مالها دفعة واحدة ، كان لزوجها ان يرده كله ، وان يضمه ، وان يرد مازاد عن الثالث فقط ، واما كان له رد الجميع في هذه الحال - وحقه كما قدمنا في الثنين فقط - لانها حين تبرعت بكل مالها ظهر ان الغرض من ذلك الاضرار بزوجها ، فاعملها الشارع بنقيض قصدها ، وجعل للزوج رده كله ^(٢) .

وظاهر ان هذا الرأي يعارض الم المرأة من حق التصرف بالمال استقلالاً، غير ان من الأئمة من رأى ان مصلحة الاسرة تقتضي هذا التضامن المادي بين افرادها، وهي مصلحة تعود بالتالي على المجتمع كله ، وبذلك تصلح مخصوصاً للقياس ، وهو ان الاصل ان للزوجة حق التصرف بالمال استقلالاً بقتضى ملكيتها له شرعاً، ومن ثم فلايجوز الاعتداء على مالها، او اخذ شيء منها الا برضاهما، عملاً بقوله تعالى: « ولا

(١) القواعد لابن رجب - القاعدة ١١ ص ١٤ .

(٢) والمعاملة بنقيض القصد في بعض الصور هو منع للتعسف الذي يصان به حق الغير، راجع الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير (باب العارية) ج ٢ ص ٤٣٣ ، المغني ج ٤ ص ٦٤ ، القواعد لابن رجب ص ١٤ .

تاكوا اموالكم بينكم بالباطل » ، وقوله تعالى في حق مهرها : « فان طبع لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريضاً » وقوله ﷺ لا يحل مال امرىء معلم الا بطيب من نفسه» الى غير ذلك من النصوص الدالة على مصونية مال الغير . وهذا نظر من المالكية والحنابلة الى روح الشريعة ، ومقاصدها ، وتقدير النصوص في ضوء تلك المقاصد ، ومن هنا جاء تخصيص النص بالصلحة ؛ درعاً للتعسف في الاجتهاد ، وهو ما يقتضيه مبدأ التعاون في الاسلام .

إنظار المعسر :

اذا كان حق الدائنة يورث صاحبه سلطة على اقتضاء دينه من المدين ، فان هذه السلطة تصبح - في نظر الشريعة - غير مشروعة اذا كان المدين معسراً ، ولا تحمل مطالبته فضلاً عن حبسه ؟ لأن استعمال الحق اذا علم انه لا يتحقق مقصوده كان حفص تعسف .

ويروي الطبرى^(١) في تفسير قوله تعالى : « وان كان ذر عسرا فنطرة الى ميسرة » عن الضحاك قال : « وكذلك كل دين على مسلم ، فلا يحق لمسلم لهدين على أخيه يعلم منه عسرا ان يسجنه ، ولا يطلبه حتى ييسر الله عليه » .

ويروى ايضاً عن جماعة قولهم : هذه الآية عامة في كل من كان له قبل رجل معسر حق ، من اي جهة كان ذلك الحق ، من دين حلال او حرام^(٢) .

ويعتبر ابن رجب : ان انظار المعسر بما يدخل في عموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » فان من عليه دين لا يطالب به مع اعساره ؛ بل ينظر الى حال يساره ، وعلى هذا جمهور العلماء^(٣) ؛ لأنهم اخذوا باللفظ العام .

(١) ج ٦ طبرى ص ٢٢ .

(٢) تفسير الطبرى ج ٦ ص ٢٢ .

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٢ ، احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٧٣ ، تفسير البيضاوى ص ٦٣ و ٦٤ ، الكشف للزمخشري ج ٣ ص ٣٤٩ ، القواعد لابن رجب ج ١ ص ١٠٩ ، البدائع ج ٧ ص ١٧٣ ، مذكرة مبتدأة في الالتزامات للشيخ احمد ابراهيم ص ٢٦ - ٢٨ .

ويذهب الامام احمد ، الى ان المدين لا يكلف ان يقضى بما عليه في خروجه من ملوكه ضرر ، كثيابه ومسكنه المحتاج اليه ، وخدماته كذلك ، ولا ما يحتاج الى التجارية به لنفقة عياله^(١) .

على ان الشريعة اذ قيدت حق الدائن في المطالبة والاقتضاء الى حد منع استعماله حالة اعسار مدينه ، ندبته الى التصدق به عليه ، « وان تصدقا » .

والمعنى في هذا النص وتفسيره وآراء الفقهاء فيه يرى ان استعمال الحق لا يجوز اذا لم يفض الى مصلحة ، ويقول الامام العز : « كل تصرف تقاعد تحصل مقصوده باطل » اما اذا افضى في هذه الحال الى ضرر بالغير - كحبس المدين مع العلم باعساره - فإنه يكون غير مشروع من باب اولى ، من قبل انه يمكن ان يستخلص من هذا الاستعمال الذي لم يكن لغرض صحيح قرينة على نية الاضرار ، اذ هو استعمال الحق في غير مصلحة او ثرة ، وهذا من اقرى صور التعسف .

هذا ، وقد بحثنا في الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي واثرها في تقييد الحق ، واوضحنا ان تلك القواعد ترمي الى التسامح في الاقتضاء ، والى التسوية والاشتراك في منافع الحق ؛ بل وتحمّل المعنى الخلقي والديني الفرد على اينار غيره على نفسه^(٢) . واوضحنا ايضاً كيف ان الشريعة تعتبر التصرف في ميدان المعاملات عبادة لابد فيها من نية امثال امر الله تعالى ونفيه ، وبذلك لا ينفصل المعنى الديني عن المعاملات في الفقه الاسلامي .

وفي امثال امر الله تعالى ونفيه في كل حق يملكه الفرد تقييد لتصرفه ، وتوجيه لنفسه الى المعنى الاجتماعي الذي أوجب الاسلام رعايته ابان استعمال الحق ، وجعله جزء من مفهومه ، وهو ما يعبر عنه اليوم بالوظيفة الاجتماعية

(١) جامع العلوم والحكم - ص ٢٧٢ .

(٢) راجع الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي ص ٤٠ ، المواقف ج ٢ ص ٣١٧ و ٣٢١ و ٣٢٢ ، الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤٠ ، الحق والذمة - للشيخ علي الحفيظ ص ١٢٢ .

ويبدو هذا المعنى واضحاً فيما ضربنا من أمثلة تتعلق « بحق الملكية » وهو من أبرز الحقوق العينية وأبلغها أثراً في حياة الفرد والجماعة .

ونستنتج من أصول التكافل الاجتماعي في الإسلام ، ومبداً التضامن المادي الذي يقيد الحق الفردي بالنسبة للغير من الفرد والجماعة ، قواماً لفكرة التضامن هذه.

فواسم فَكِيرَةُ النَّفَاسِمِ فِي الْفَقَهِ الْإِسْلَامِيِّ :

ويقول أحد الباحثين المسلمين^(١) « فالتشريع الإسلامي بالإضافة إلى موضوعيه وتنظيمه على أساس ظاهرة ، وضوابط موضوعية ، له جذور خلقيّة في النفس ، وأصول اعتقادية تغذّيه وتتدعم بناءه ، فالتشريع غير منقطع الصلة بالأخلاق ، وينفي عن التشريع الإسلامي صفة الفردية » ويقول أيضاً: « والانسان الذي يؤمن هذا الاعيان ، ويعمل في الحالة في هذا الطريق ، ليس هو الانسان الفرد

^{١٠}) الاستاذ محمد المبارك عميد كلية الشريعة بدمشق سابقا ، ذاتية الاسلام ص .

-- المنعزل - بل هو الانسان الموجود في إطار اجتماعي^(١) .

البعاشر النسبية والنتائج الموضوعية وأثرها في صورة المفروض

وأقامت الشريعة سباجاً منيعاً لحفظ الحقوق ولأداء وظيفتها، وتحقيق المصالحة التي من أجلها شرعت، بتحريم القصود التي تتناقض مع قصد الله في التشريع، فطعماً لدابو التحابيل على الحق ، كما أنها من ناحية أخرى أقامت التوازن بين مصلحة الحق ذاته وبين ما يترتب على استعماله من مضررة .

وهذان العاملان النفسي والموضوعي وما يتبعهما، من أقوى ما يهيئ للشريعة تحقيق مقاصدها في الأخلاق .

هذه الأسس والعوامل هي التي توتد إليها نظرية التعسف في استعمال الحق ، باعتبارها نظرية تقضي بتحريم استعمال الحق مطية للشر والفساد، كما أنها تقيم التوازن بين المصلحة الفردية والجماعية ، على وجه يحقق التكافل والتضامن الاجتماعي .

المبحث السادس

الأساس السادس :

الخلافة الإنسانية في الأرض

هذه الخلافة تقتضي التقيد بالأحكام والحدود التي رسماها المستخلف ، وهو الله

(١) أي متضامناً مع جماعته - نفس المرجع من ١٠ ذاتية الاسلام ، وراجع في هذا المعنى - المساواة في الاسلام - للدكتور علي عبد الواحد وافي ، الاسس الاقتصادية في الاسلام والنظم المعاصرة للأستاذ اي الاعلى المورودي - ص ١٦ .

سبحانه - ولذا كانت الالتزامات الابيجائية والسلبية في الحقوق والأموال من مقتضيات هذه الخلافة ، فهي عامل من عوامل تقييد الحق ، كأنها الصورة الكاملة المجتمع الذي حددت ملامحه الشريعة ، وهو يجتمع إنساني أخلاقي فاضل ، عناصره التكوينية كل فرد تقى نقي ، و هدفه المشترك سعادة الدنيا ونعم الآخرة .

وهنا يبدو ارتباط هذه الخلافة بالمسؤولية الفردية ، فالالتزام الفرد بتوجيه قصده في العمل إلى موافقة قصد الله في التشريع منبثق عن أساس خلافته في الأرض .

يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد^(١) .

« مرأ أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع إليها ، من الحاجيات والتحسينات ، وهو عين ما كلف به العبد ؟ فلا بد أن يكون مطلوباً بالقصد إلى ذلك ، وإلا لم يكن عاملاً على المحافظة ؟ لأن الأعمال باليارات » .

« وحقيقة ذلك - أي حقيقة كون العبد مكلفاً بالمحافظة على الضروريات وما رجع إليها - أن يكون خليفة الله في إقامتها مباشرة الآسباب الظاهرة التي رسماها الله تعالى في الشرائع ، وأودع في العقول إدراكها » .

ويقول أيضاً : « وحقيقة ذلك ، أن يكون خليفة الله في إقامة هذه المصالح بحسب طاقته ومقدار وسعه ، وأقل ذلك خلافته على نفسه ، ثم على أهله ، ثم على كل من تعلقت به مصلحة ؛ ولذلك قال عليه الصلة والسلام : (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته) » .

« وفي القرآن الكريم : « آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا بما جعلكم مستخلفين فيه » . واليه يرجع قوله تعالى : « إني جاعل في الأرض خليفة » وقوله تعالى :

(١) المواقفات ج ٢ ص ٣٣١ .

« ويستخلفكم في الأرض فینظر کيف تعلمون » ، « وهو الذي جعلکم خلائق الأرض ، ورفع بعضکم فوق بعض درجات ليبلوکم فيها آناكم » والخلافة عامة وخاصة، حسبا فسرها الحديث، حيث قال « الأمير راع ، والرجل راع على أهل بيته ، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده ، فكلکم راع وكلکم مسؤول عن رعيته » .

ثم أتى الإمام الشاطبي بأمثلة « تبين أن الحكم كلي عام غير مختص ، فلا يختلف عنه فرد من أفراد الولاية عامة كانت أو خاصة . فإذا كان كذلك ، فالمطلوب منه أن يكون قائمًا مقام من استخلفه ، يجري احكامه ومقاصد مجاريها ، وهذا يبين ^(١) » .

المبحث السادس

الأساس السادس :

الإعتدال والإقتصاد في التصرف أو الوسطية

هذه القاعدة قد دعت الشريعة الى مراعاتها في التصرفات حتى المباحثات ، فلم تبع الأفراط ولا التفريط ، لأن كلها تطرف تبتعد عنه روح الشريعة ، وقد جاءت الأدلة من الكتاب والسنة مؤيدة هذه القاعدة العامة ، حتى شملت التصرف في وجوه القرب والبر ؛ بل وفي العبادات أيضًا . واعتبرت تتکّب هذه القاعدة ضرباً من التعسف .

(١) المواقفات ج ٢ ص ٣٣٢ .

يقول الله تعالى في التصرف في حق ملكية الأموال :
« ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك، ولا تبسطها كل البسط ، فتقعد ملوكا
محسورة ». .

ويقول تعالى : « والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين
ذلك قواماً » .

وإذا أنكر القرآن الكريم تحريم الطيبات ، وهو حرام لا يقره الشرع ،
فقد أنكر كذلك الإسراف ومجاوزة حد الاعتدال ، إذ يقول جل شأنه :
« يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ، ولا تعتمدوا ،
إن الله لا يحب المعتمدين » .

والاعتدال والتوسط أمر مطلوب حتى في الإنفاق في وجوه القرب
والطاعات، قال تعالى: « وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذ
تبذيرأ إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين وكان الشيطان لربه كفوراً » .

وينهى الله سبحانه عن الاسراف في وجوه التبرع، حتى في ايتاء الزكاة، يقول
تعالى : « كلوا من ثمره اذا أثمر ، وآتوا حقه يوم حصاده ، ولا تسرفوا ، انه
لا يحب المسرفين ». .

وذلك ؛ لأن الاسراف يقضي على الثروة ، وقد تأيد هذا بقوله عليه السلام : فيما
رواه أبو هريرة ، وحكيم بن خزام « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى » .
و واضح ان رسول الله عليه السلام يرشد الناس الى الصدقة التي لا يضار معها
المصدق مادة ولا روحها^(١) .

والآثار في ذلك كثيرة ، منها ما ورد عن جابر ايضاً « ان رجلاً اتى النبي
عليه السلام بثلبيضة من الذهب ، فقال يا رسول الله ، هذه صدقة ما تركت
لي مالاً غيرها ، فنفعه بها النبي عليه السلام ، فلو أصابه لأوجعه ،

(١) راجع - الوسطية في الاسلام - للأستاذ الشيخ محمد المدنى ص ٤٥ .

ثم قال : ينطلق احدكم فينخلع من ماله ، ثم يصير عيالاً على الناس ». .
 هذا ، وآية الحجر على السفيه اصل في هذا الباب ؟ اذ يقول سبحانه ، « ولا
 تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياماً، وارزقهم فيها واسكوهم ، وقولوا
 لهم قولأً معروفاً » .

ويوضح الامام الشاطئي ، ان التصرف في المباح قد يكون مذموماً ، لامن جهة
 اصل المباح ؛ لانه ماذون فيه ؛ بل من جهة الانحراف عن التوسط والاعتدال ، اذ
 يقول : « انه قد يؤخذ - المباح - من حيث قصد الشارع فيه ، وهذا هو الاصل ،
 فيتناول على الوجه المشروع ، وينتفع به كذلك ، ولا ينسى حق الله فيه ،
 لافي سوابقه ، ولا في لواحقه ، ولا في قرائنه ، فاذا اخذ على هذا الوزن كل
 مباحاً بالجزء مطلوباً بالكل ، فان المباحات لها وضعها الشارع للارتفاع بها على
 وفق المصالح على الاطلاق ، بحيث لا تقدح في دنيا ولا دين ، وهو الاقتصاد فيها ،
 ومن هذه الجهة جعلت نعمها ، وعدت منها ، وسميت خيراً وفضلاً^(١) » .

ويقول ايضاً : « فاذا تأملت الحالة ، وجدت المذموم تصرف المكلف في النعم ،
 لا انفس النعم ، الا انها لما كانت آلة - ذريعة - للحالة المذمومة ، ذمت من
 تلك الجهة » .

ويوضح الامام الشاطئي بعبارة جلية ، ان هذا هو التعسف في استعمال الحق ،
 بقوله : « فلم يزل اصل المباح ، وان كان معموراً تحت اوصاف الاكتساب
 والاستعمال المذموم »^(٢) .

والذى يعنيها من هذه القاعدة ، أنها اساس يؤيد فكرة تقيد الحق ، اي يؤيد
 نظرية التعسف في استعمال الحق ، فقد رأينا كيف ان الامام الشاطئي اتى بفكرة

(١) المواقفات ج ٣ ص ٢١٧ .

(٢) المواقفات ج ٣ ص ٢١٩ . والاستعمال المذموم هو التعسف بعينه ، لان اصل
 المباح مشروع وغير مذموم ، وما ذكر الذم هو كيفية هذا الاستعمال وتوجيهه .

الاقتصاد او الاعتدال في التصرف ، ثم انطلق منها الى توضيح ان عدم مراعاتها يفضي الى الاكتساب او الاستعمال المذموم ، وان كان اصل الفعل مباحاً لاذم فيه .

هذه الاسس التي أتبنا على ذكرها ، والتي يقوم عليها تقيد الحق في الشريعة الاسلامية ، هي بعينها الاسس التي ترتكز عليها نظرية التعسف في استعمال الحق .

هذا فضلاً عما يتقيى به الحق في الشريعة الاسلامية من حيث طبيعته الدينية ، تكونه منحة منه تعالى ، وليس صفة طبيعية للانسان ، وقد بينا النتائج التي ترتبت على هذا النظر ، ومؤداتها ان الاصل في الحق التقيد لا الاطلاق .



ثبت

المصادر والمراجع

التفسير والحديث

- جامع البيان في تفسير القرآن - للإمام ابن جرير الطبرى - طبعة أولى - المطبعة الأميرية .
- الكشاف عن حقات التنزيل ، وعيون الأقاويل في وجوه التأويل - للإمام محمود بن عمر الزمخشري - ط - ثانية - المطبعة الأميرية .. ١٣٩٨ هـ .
- الجامع لاحكام القرآن - أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي - طبعة أولى - دار الكتب المصرية بالقاهرة .
- أنوار التنزيل واسرار التأويل - ناصر الدين أبو سعيد عبد الله البيضاوى - المطبعة العثمانية بالقدسية - ١٣٠٥ هـ (على هامش القرآن الكريم) .
- احكام القرآن - ابو بكر احمد بن علي الرازي (المخاصل) - مطبعة الاوقاف الاسلامية بالقدسية - ١٣٢٥ هـ .
- احكام القرآن - لابن العربي - طبعة أولى - مطبعة دار السعادة - القاهرة . ١٣٣٠ هـ .
- نيل الاوطار - شرح منتقى الاخبار - للإمام محمد بن علي الشوكاني - ط أولى المطبعة المصرية - ١٣٥٧ هـ .

- سبل السلام شرح بلوغ المرام - للإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني -
اربعة أجزاء - ط . ثانية سنة ١٩٥٠ م .
- سن أبي داود - أربعة أجزاء - ط . ثانية مطبعة السعادة ١٩٥٠ - ١٩٥١ .
- السن الكبيري للبيهقي - طبع حيدر إبراد بالدقن بالمند - ١٣٥٣ هـ .
- شرح صحيح مسلم ، للإمام حفي الدين النووي - المطبعة المصرية - القاهرة
١٣٦٩ هـ - ثانية عشر جزءاً .
- النهاية في غريب الحديث والأنوار - لابن الأثير - المطبعة العثمانية - القاهرة -
١٣١١ هـ .

المصادر

في أصول الفقه

- الإحکام في أصول الأحكام ، لسیف الدین ابی الحسن الامدی اربعة اجزاء
ط . دار المعارف بالقاهرة سنة ١٣٣٢ هـ ، سنة ٩١٤ م .
- الرسالة ، للإمام الشافعی - ط . المطبعة الامیرية بالقاهرة .
- المستصفی من علم الأصول ، لجۃ الاسلام الامام الغزالی ، - جزءان -
المطبعة الامیرية - القاهرة سنة ١٣٢٢ هـ .
- مسلم الثبوت ، لحب الدین ابن عبد الشکور ، مع شرحه ، فواتح الرحموت
لابن نظام الدین في ذیل المستصفی للغزالی . طبعة اولى الامیرية سنة ١٣٢٤ هـ .
- شرح المنار - ابن مالک - المطبعة العثمانية - القاهرة - سنة ١٣٠٨ هـ .
- اصول فخر الاسلام البздوی - وشرحه کشف الاسرار ، لعلاء الدين
البخاري . اربعة اجزاء - ط الاستانة سنة ١٣٠٢ هـ .

- نهاية السول ، في شرح منهاج الاصول ، للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي - تأليف الامام جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي ومعه حواشيه المسماة - سلم الوصول لشرح نهاية السول - للشيخ محمد بنحيت المطيعي - المطبعة السلفية سنة ١٣٤٥ هـ .
- الاحكام في اصول الاحكام - لأبي محمد علي بن حزم الاندلس الظاهري ، السعادة - القاهرة سنة ١٣٤٨ هـ .
- ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول - محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، طبعة اولى - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م .
- تقييع الفصول - للامام الشوكاني .
- مرآة الاصول في شرح مرقة الوصول - لنلا خسرو - وعلى المرأة - حاشية الازميوي ط . الاستانة سنة ١٣٩٢ هـ .
- المواقفات في اصول الشرعية - لأبي اسحق ابراهيم بن موسى بن محمد الخمي الشاطي - وعليه تعليقات الشيخ عبد الله دراز ، اربعة اجزاء - المطبعة الرحمانية .
- الاعتصام - الامام الشاطي (صاحب المواقفات) المطبعة التجارية - لصاحبه مصطفى محمد بالقاهرة - جزءان - ١٣٣٢ هـ .
- التوضيح - لعبد الله بن مسعود البخاري الملقب بصدر الشرعية - وعليه حاشية التلويح للتقتازاني - جزءان - ط - مطبعة دار الكتب العربية الكبرى - القاهرة سنة ١٣٢٧ هـ .

أصول المعرفة .

- منية الطالب في حاشية المكاسب ، آية الله الحوائزي - ظبع ايران سنة ١٣٧٦ .

الفروع الفقهية

- الأشباه والظواهر - زين العابدين ابن نجيم - وعليه التعليق المسمى بعمز عيون البصائر للجموبي - جزءان - ط . دار الطباعة العامرة - الاستانة - ١٢٩٠ هـ .
- الأشباه والظواهر - للإمام للسيوطى - مطبعة مصطفى محمد سنة ١٩٣٦ م .
- القواعد في الفقه الإسلامي - لأبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب - مطبعة الصدق الخيرية - القاهرة - سنة ١٩٣٣ م .
- بجامع الحقائق - أبو سعيد الحادمي - ط . الاستانة ١٣٠٨ هـ .
- منافع الدلائل شرح بجامع الحقائق - للكوز الحصارى - ط . الاستانة سنة ١٣٠٨ هـ .
- الفروق - للإمام شهاب الدين أبي العباس القرافي - أربعة أجزاء - مطبعة دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٧ هـ .
- قواعد الأحكام في مصالح الأئم - عز الدين بن عبد السلام - جزءان - ط - المطبعة الحسينية - القاهرة - سنة ١٣٥٢ هـ .

الفقه الحنفي

- المراج - لأبي يوسف - ط - أولى بولاق سنة ١٣٠٢ هـ .
- كتاب الآثار - للإمام محمد بن الحسن الشيباني - طبع الهند .
- المبسوط شرح السكافي - شمس الدين السرخسي - ثلاثة جزءاً - مطبعة دار السعادة - بالقاهرة . سنة ١٣٣١ هـ .
- البحر الرايق - شرح كنز الدقائق - زين العابدين ابن نجيم - ثمانية أجزاء - المطبعة الأولى - المطبعة العلمية - سنة ١٣١١ هـ .

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - عثمان بن علي الزيلعي ستة اجزاء - مطبعة بولاق - ١٣١٥ - ١٣١٣ .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام الكاساني - القاهرة - سبعة اجزاء - ١٣٢٧ - ١٣٢٨ .
- المدایة شرح بداية المبتدى - برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني - اربعة اجزاء - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة سنة ١٣٥٥ .
- جامع الفصولين - محمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه - ط . اولى - المطبعة الاميرية ببولاق - سنة ١٣٠٠ .
- فتح القدير - الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندرى المعروف بابن المهام ، ط . اولى - المطبعة الاميرية - سنة ١٣١٥ .
- نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار - للمولى شمس الدين احمدالمعروف بقاضي زادة - مطبوع مع فتح القدير (وهو تكميل لفتح القدير من باب الوكالة في الجزء السادس) .
- شرح العناية على المدایة - للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابري -(مطبوع على هامش فتح القدير) .
- الدر المختار على متن تنویر الابصار - مطبوع بهامش رد المختار - لابن عابدين رد المختار على الدر المختار شرح تنویر الابصار - محمد امين ، الشهير بابن عابدين - خمسة اجزاء - المطبعة المصرية - سنة ١٢٨٦ .
- مجموعة رسائل ابن عابدين - جزءان - ط . الاستانة سنة ١٣٢١ .
- الخراج - ليحيى بن آدم القرشي - المطبعة السلفية - بالقاهرة - ١٣٤٧ .
- معین الحكم فيما يتردد بين الحصمين من الاحکام - للشيخ الامام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابسي الحنفي - ط اولى - المطبعة الاميرية بولاق سنة ١٣٠٠ .

- جمع الفهاتن - ابو محمد بن غانم البغدادي - المطبعة الخيرية - القاهرة
سنة ١٣٠٨ هـ .
- انفع الوسائل الى تحرير المسائل - نجم الدين ابراهيم الطرطوسى - مطبعة
الشرق - القاهرة ١٣٤٤ هـ .
- مختصر الطحاوى - الامام ابو جعفر احمد بن سلامة - جزء واحد - مطبعة
دار الكتاب العربي - القاهرة - ١٣٧٠ هـ .
- الفتاوی العالملکیریة - المعروفة بالفتاوی الهندیة - ألفها جماعة من علماء الهند
برئاسة العلامة الشیخ نظام ، وذلك بأمر السلطان الى المظفر محیی الدین
عہد اورنک زیب بہادر عالملکیر - المطبعة الامیریة - بصر .
- الفتاوی الخانیة - مطبوعة على هامش الفتاوی الهندیة في ثلاثة مجلدات
الاولی .
- الفتاوی المهدیة في الواقع المصرية لشیخ الاسلام ، محمد العباس المهدی ،
ط اوی - بالمطبعة الازھریة المصرية سنة ١٣٠١ هـ .

الفقر الشافعی

- الام - للامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعی - (رواية الريبع بن
سلیمان المرادی عنه) ط - اوی - المطبعة الامیریة بصر ١٣٢١ هـ .
- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - شمس الدين محمد شهاب الدين بن احمد
الرملي - المطبعة المصرية ١٣٠٤ هـ .
- المجموع شرح المذهب - للنwoyi - و تکملته ، لتقی الدین السبکی ، اثنا
عشر جزءاً مصر ١٣٤٤ هـ .

الفقه المالكي

- المدونة الكبرى - للإمام مالك بن أنس الأصبهني - رواية الإمام سعفون ابن سعيد التوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم عنه - ستة عشر جزءاً ط أولى - المطبعة الحسينية بالقاهرة سنة ١٣٢٤ هـ .
- المقدمات المهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية الإمام أبو الوليد محمد بن رشد - مطبوعة على المدونة الكبرى .
- حلشية على الشرح الكبير ، لسيدي أحمد الدردير - المطبعة الأزهرية - القاهرة سنة ١٣٤٥ هـ .
- القوانين الفقهية - ابن جزيه - مطبعة النهضة - تونس سنة ١٣٤٤ هـ .
- تبصرة الحكماء في أصول الأقضية و مناجح الأحكام - جزءان - المطبعة البهية القاهرة سنة ١٣٠٢ هـ .
- العقد المنظم للأحكام - مطبوع بهامش تبصرة الحكماء - لابن فرحون .
- المتلى ، شرح موطأ الإمام مالك - لأبي الوليد الباجي الاندلسي ، ط أولى . مطبعة السعادة .

الفقه الحنبلي

- كشف النقاع على متن الأقناع - منصور بن ادريس الحنبلي - مطبعة انوار السنة الحمدية ١٣٦٦ هـ .
- جامع العلوم والحكم - زين الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن احمد بن رجب الحنبلي البغدادي - ط ثانية - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م .

- مجموعة فتاوى ابن تيمية الحراتي - مطبعة كرستان العلمية بصر ، سنة

١٣٢٨ .

- اقامـة الدليل على ابطال التحليل مطبوع في الجزء الثالث من الفتاوى -
لابن تيمية .

- السياسة الشرعية (لابن تيمية) .

- الاحكام السلطانية ، لأبي يعلى .

الفقر الظاهري

- الملئى - لابن حزم الاندلسي ، احد عشر جزءا - المطبعة المنيرية

١٣٤٧ - ١٣٥٢ .

الفقر المقارن

- المغني - موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ، على مختصر
الحرقي - اثنا عشر جزءا - ط اولى - مطبعة الشار - القاهرة ١٣٤٨ .

- أعلام الموقعين عن رب العالمين - (لابن قيم الجوزية) صاحب المطبعة
الميرية بالقاهرة .

- بداية المجتهد ونهاية المقتضى - ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد - جزءان -
مطبعة الاستقامة - القاهرة ١٣٦١ .

المؤلفات الحديثة

في الفقه الاسلامي وأصوله

في علم أصول الفقه :

- علم اصول الفقه - عبد الوهاب خلاف - مطبعة النصر - القاهرة ١٩٥٥
- مصادر التشريع فيما لا نص فيه - عبد الوهاب خلاف - القاهرة ١٩٥٥
- سلم الوصول الى علم الاصول - عمر عبد الله - ط اولى ١٩٥٦
- تعليل الاحكام - مصطفى شلبي - مطبعة الازهر ١٩٤٢
- اصول الفقه - محمد أبو زهرة ١٩٥٥ .
- اصول الفقه - للحضرمي - ط رابع - ١٩٧٢ .
- اصول الفقه الاسلامي - زكي الدين شعبان .
- مباحث الحكم عند الاصوليين - محمد سلام مذكر - مطبعة بلجنة البيان العربي ١٩٥٩ م - ١٣٧٩ .
- نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء - محمد سلام مذكر ١٩٦٣ .

في الفقه الاسلامي :

- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - ط . اوی - مطبعة نوري - ١٩٣٩ .
- أبو حنيفة - ط . ثانية - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٤٧ .

- مالك - ط . أولى - مطبعة الاعتماد - القاهرة - ١٩٤٦ .
- الشافعى - ط . ثانية - مطبعة مخيم - ١٩٤٨ .
- ابن حنبل - ط . ثانية - ١٩٥٠ .
- ابن تيمية - ط . أولى - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٥٢ .
- ابن حزم - ط . أولى ١٩٤٢ .
- الاحوال الشخصية - «قسم الزواج» ط . ثانية مطبعة مخيم - القاهرة ١٩٥٠ .

هذه المؤلفات السابقة كلها للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة .

- أحكام المعاملات الشرعية - علي الحفيظ - ط . ثالثة - القاهرة ١٩٤٧ .
- الحق والدمة - علي الحفيظ - الناشر مكتبة وهبة - القاهرة ١٩٤٥ .
- فرق الزواج - علي الحفيظ - مطبعة الرسالة - القاهرة ١٩٥٨ .
- اسباب اختلاف الفقهاء - علي الحفيظ - ١٩٥٦ .
- التصرف الانفرادي - علي الحفيظ - ١٩٦٣ .
- مصادر الحق في الفقه الاسلامي - الجزء الاول - دار مصر للطباعة ١٩٥٤
- مصادر الحق - الجزء الرابع - دار المنا للطباعة - القاهرة ١٩٥٧
- مصادر الحق - الجزء السادس - دار المنا للطباعة - القاهرة ١٩٥٧ - هذه المؤلفات الثلاثة السابقة للدكتور السنورى .

- الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته
- محمد يوسف موسى - ط . أولى - دار الكتاب العربي - القاهرة ١٩٥٣ م .
- تاريخ الفقه الاسلامي - محمد يوسف موسى - مطبعة دار الكتاب العربي

١٣٧٨ - ١٩٥٨ م

- السياسة الشرعية - عبد الرحمن ناج ١٩٥٢ .
- أحكام الاحوال الشخصية - عمر عبد الله ١٩٦٠

- مدى حقوق الزوجين في الطلاق — عبد الرحمن الصابوني — مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٢ .
- التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي — وحيد الدين سوار — ط . اولى مطابع دار الكتاب العربي ١٩٦٠ - ١٣٧٩ م
- النظريات السياسية الاصلاحية — ضياء الدين الرئيس .
- في مدى استعمال حقوق الزوجية — السعيد مصطفى السعيد — مطبعة دار الاعتماد ١٩٣٥ م
- مسألة ملكية الارض في الاسلام — ابو الأعلى المودودي — المطبعة التعاونية بدمشق ١٩٥٥
- ذاتية الاسلام — محمد المبارك ١٩٦٠
- مذكرة في اصول الفقه — للسنة الرابعة في كلية الشريعة بجامعة الازهر — الشيخ طه الديناري .
- الاسلام عقيدة وشريعة — محمود شلتوت — مطبعة دار القلم — القاهرة ١٩٦٠
- المسؤولية المدنية والجنائية — محمود شلتوت — مطبعة الازهر .
- نظرات في الاسلام — محمد عبد الله دراز .
- اسس الاقتصاد بين الاسلام والنظم المعاصرة — ابوالاعلى المودودي — السلسلة الماشية — دمشق ١٣٨٠ - ١٩٦٠ م
- أحكام الوصية — بحوث مقارنة — علي الحفيظ ١٩٦٢ .
- المدخل الفقهي العام — ج ١ — مطبعة جامعة دمشق ١٩٥٢ — مصطفى الزرقا .
- المدخل الى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي — ج ٢ — مطبعة جامعة دمشق ١٩٥٨ — مصطفى الزرقا .
- العرف والعادة في رأي الفقهاء — أحمد فهبي أبو سنة — مطبعة الازهر — القاهرة ١٩٤٩ .

- مقارنة المذاهب الاربعة - محمود سلامة و محمد السايس - مطبعة محمد علي
صبيح ١٣٧٣ - ١٩٥٣ م .
- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية - صبحي المحمصاني
جزءان - مطبعة الكشاف - بيروت - ١٩٤٨ .
- فلسفة التشريع في الإسلام - صبحي المحمصاني - ط . ثانية - مطبعة
الكشاف - بيروت ١٩٥٢ .
- الفقه الإسلامي (مدخل لدراسته - نظام المعاملات فيه) محمد يوسف موسى
٢٢ - ١٩٥٦ م .
- كتاب أسبوع الفقه الإسلامي - المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية - القاهرة
تقسيير القرآن - محمود سلامة - مطبعة دار القلم .
- شرح الأدلة الأصلية على مجلة الأحكام العدلية - محمد سعيد مراد الغزي
مطبعة حكومة دولة دمشق - ١٣٤٠ - ١٩٢٤ م .
- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان - قدربي باشا - المطبعة الاميرية
بولاق - ١٣٠٨ .

المراجع

في القانون المدني

- اصول القانون - حسن كيره - مطبعة دار المعارف ١٩٦٠ .
- الوسيط - عبد الرزاق احمد السنوري - في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - مطبعة جرينبرج ١٩٤٦ م .
- اصول الالتزامات - الجزء الاول - في مصادر الالتزام - سليمان مرقس - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة ١٩٥٦ .
- المدخل الى العلوم القانونية (سليمان مرقس) ١٩٦٠ .
- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد - احمد حشمت ابو ستيت - الطبعة الثانية - مطبعة مصر - القاهرة ١٩٥٤ .
- اصول القوانين - السنوري وابو ستيت سنة ١٩٥٠ .
- محاضرات في المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق في القانون المدني - احمد سلامة ١٩٥٩ م .
- النظرية العامة للالتزام - الجزء الاول - عبد الحفيظ حجازي - مطبعة نهضة مصر القاهرة ١٩٥٣ .
- محاضرات عن القانون المدني العراقي - الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام - صلاح الدين الناهي سنة ١٩٥٨ .
- النظرية العامة للالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام - انور سلطان - مطبعة دار المعارف ١٩٦٢ م .

- شرح القانون المدني الجديد - الالتزامات - الجزء الثاني - في مصادر الالتزام - محمد كامل مرسى ١٩٥٥ .
- مصادر الالتزام - عبد المنعم فرج الصدّة - ط - مطبعة البابي الحلبي - القاهرة ١٩٦٠ .
- المسؤلية المدنية ط . اولى - حسين عامر ، ١٩٥٦ .
- محاضرات في القانون المدني العراقي - حسن ذنون - مقومات الملكية والحقوق العينية والانتنان العقاري - ١٩٥٤ .
- محاضرات في القانون المدني السوري - مصطفى الزرقا ١٩٥٤ .
- الجيز في الحقوق المدنية ط (عدنان القوتلي) مطبعة جامعة دمشق طبعة ثانية ١٩٦٠ م .
- محاضرات في القانون المدني - حق الملكية - عبد المنعم فرج الصدّة ١٩٦٠ .
- محاضرات عن القانون المدني العراقي - حق الملكية في ذاته - صلاح الدين الناهي - مطبعة الرسالة ١٩٦٠ - ١٩٦١ .
- التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود - حسين عامر - ط اولى - القاهرة ١٣٧٩ م ١٩٦٠ .
- محاضرات في المسؤلية المدنية في تقنيات البلاد العربية (القسم الاول) الاحكام العامة - سليمان مرقس - دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٨ .
- محاضرات في النظرية العامة للحق - (شمس الدين الوكيل) مطبعة نهضة مصر بالفجالة ١٩٥٣-١٩٥٤ .
- محاضرات في النظرية العامة للحق - شفيق شحاته - ١٩٤٩-١٩٤٩ .
- الحقوق العينية الاصلية - حق الملكية - حسن كبيرة .
- مذكرات في النظريات العامة للحق - عبد الحفيظ جباري ١٩٥١-١٩٥٠ .
- شرح القانون المدني الجديد ، ج ١ الحقوق العينية الاصلية - كامل مرسى - ١٣٧٠ م ١٩٥١ .

- شرح القانون المدني - حق الملكية - محمد علي عرفه - مطبعة جامعة فؤاد الاول ١٩٥٠ .
- المدخل للعلوم القانونية - عبد المنعم البدراوي .
- نظرية القانون - عبد الفتاح الباقي - ١٩٤٨ .
- محاضرات في القانون المدني العراقي - حامد مصطفى ١٩٦٣ .
- الحقوق العينية الأصلية - عبد المنعم البدراوي .
- المسئولية المدنية - التقصيرية والعقدية - حسين عامر - مطبعة مصر - طبعة اولى - القاهرة ١٣٧٦ هـ ١٩٥٦ م .
- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني في الجمهورية العربية المتحدة .

العلوم السياسية والقانون الدولي والدستوري والجنائي

- اصول النظم السياسية والاجتماعية - احمد عبد القادر الجمال ١٩٥٤ .
- الاتجاهات العامة من سلسلة الاقتصاد والسياسة . طعيمة الجرف .
- النظريات والنظم السياسية - طعيمة الجرف .
- النظريات والمذاهب السياسية - مصطفى الحشاب .
- المدخل الى علم السياسة - بطرس غالى - و محمد خيري عبى .
- النظم الدستورية في البلاد العربية - سيد صبرى .
- المسئولية الدولية - محمد حافظ غانم .
- اسباب الاباحة - محمد نجيب حسني .

المجلات

- مجلة الحقوق - جامعة القاهرة .
- مجلة القانون والاقتصاد - كلية الحقوق - جامعة القاهرة .
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة عين شمس .
- مجلة الازهر .
- مجلة رسالة الاسلام .
- مجلة حضارة الاسلام - تصدر في جامعة دمشق .

* * *

من آثار المؤلف

- ١ - المنهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي - طبع دار الرشيد - دمشق - ١٩٧٥ .
- ٢ - أصول التشريع الإسلامي . طبع جامعة دمشق - ١٩٧٦ . مقرر على الصف الرابع من كلية الحقوق .
- ٣ - أصول المعاملات في الفقه الإسلامي - طبع كلية الحقوق - جامعة الجزائر . (مؤسسة الامالي) ١٩٧٢ .
- ٤ - نظام الاسلام - طبع جامعة دمشق ١٩٦٧ (مؤسسة الامالي)
- ٥ - أصول الفقه الإسلامي - طبع مؤسسة الامالي في جامعة دمشق ١٩٧٢ .
الصف الثاني . من كلية الشريعة .
- ٦ - أصول الفقه الإسلامي - طبع مؤسسة الامالي . جامعة دمشق ١٩٦٧
مقرر الصف الثالث من كلية الشريعة .
- ٧ - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده .
طبع جامعة دمشق - ١٩٧٧ (رسالة دكتوراه ثالث درجة الامتياز بدرجة الشرف الأولى) ..
- ٨ - نظرية التعسف في استعمال الحق
طبع جامعة دمشق ١٩٦٧
- ٩ - بحوث في « الفقه المقارن » . طبع جامعة دمشق (مؤسسة الامالي).
مقرر على الصف الرابع - كلية الشريعة - ١٩٧٧ .

من البحوث المقارنة للمؤلف

- ١ - مبادئ نظام الحكم في الاسلام .
(بحث مقارن بالفقه الوضعي) .
- ألقى محاضرات في كلية الآداب، بجامعة الجزائر، ١٩٧١ - ١٩٧٤ .
- ٢ - بحث في (التكافل الاجتماعي في الاسلام) .
- مقدم لاسبوع الفقه الاسلامي المنعقد في القاهرة ١٩٦٧ .طبع المجلس
الاعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالقاهرة .
- ٣ - بحث (الحضارة الإنسانية في الاسلام) .
- مقدم الى المؤتمر الاسلامي المنعقد في الخرطوم، السودان، ١٩٦٨ .طبع
جامعة ام درمان الاسلامية بمناسبة مرور أربعة عشر قرناً على نزول
القرآن الكريم .

المؤهلات العلمية

للمؤلف

- ١ - دكتوراة في الفقه الإسلامي وأصوله - درجة الامتياز بمرتبة الشرف الأولى - من كلية القانون والشريعة - جامعة الأزهر - ١٩٦٥ .
- ٢ - دبلوم العلوم السياسية - دراسات عليا - قسم الدكتوراة - كلية الحقوق جامعة القاهرة - (سنتان دراسة متخصصة) ١٩٥٤ .
- ٣ - دبلوم في العلوم القانونية - (سنتان دراسة عليا متخصصة) في معهد البحوث والدراسات القانونية التابع لجامعة الدول العربية ١٩٦٣ .
- ٤ - العالمية مع الإجازة في تخصص القضاء الشرعي - كلية القانون والشريعة - جامعة الأزهر - « سنتان دراسة عليا متخصصة في الأحوال الشخصية والإجراءات » ١٩٥١ .
- ٥ - العالمية مع الإجازة في التدريس - من كلية اللغة العربية ، جامعة الأزهر (سنتان دراسة عليا متخصصة في التربية وعلم النفس) ١٩٥١ .
- ٦ - دبلوم في التربية وعلم النفس - سنتان دراسة عليا متخصصة ، من جامعة عين شمس ، بالقاهرة ١٩٥٢ .
- ٧ - ليسانس في الآداب ، قسم اللغة العربية ، بتتفوق ، من كلية الآداب جامعة القاهرة ، ١٩٥٠ .
- ٨ - ليسانس في الشريعة ، كلية القانون والشريعة ، جامعة الأزهر ١٩٤٧ .

مراجع

في القانون المدني

(باللغة الفرنسية)

- Josserand** — L'abus des Droits . Paris — 1927 .
— De L'esprit des droits et de leur relativité
(théorie dite de l'abus des droits)
Paris 1927 .
- Planiol** — Traité élémentaire de droit civil .
— Traité paratique de droit civil français le
obligations . Paris — 1938 — 31 .
- Mahmoud Fathy** — La Doctrine Musulmane de L'Abus des
Droits . Lyon 1913 .

الفهرس

الصفحة	الموضوع
٥	تقديم - بقلم سيادة عميد كلية القانون والشريعة - جامعة الازهر
١٠	تقريرلجنة المؤلفة من قبل جامعة دمشق لفحص الانتاج العلمي مقدمة المؤلف
١٦	منهج البحث
١٨	تفاصيل المنهج
١٩	طبيعة الفقه الاسلامي
١٩	غاية الفقه الاسلامي
٢٠	وسيلة الفقه لتحقيق غايته
٢١	تدخل الدولة
٢١	طبيعة الحق الفردي في الفقه الاسلامي
٢٢	الحق الفردي ذو طبيعة مزدوجة
٢٣	للحق وظيفة اجتماعية وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية
٢٤	نظريه التعسف تقيم التوازن بين عنصري الحق الاسس التي يقوم عليها تقييد الحق
٢٥	نظريه التعسف ثمرة هذه الاصول
٢٦	التعسف يرتبط اساساً بغاية الحق ومدى استعماله
٢٧	التمييز بين التعسف والتجاوز

الصفحة	الموضوع
٢٨	تأصيل التعسف
٢٨	استقلال نظرية التعسف
	فكرة التعدي بطريق التسبب في الشرع أو فكرة الخطأ في القانون كلامها
٢٩	يقصر عن استيعاب جميع حالات التعسف
٣٠	المسئولة المطلقة بنادي بها اليوم فقهاء القانون الدولي والمدنى
٣١	الوظيفة الوقائية لنظرية التعسف
٣١	المعيار الجامع لاحكام نظرية التعسف يؤكّد استقلالها
٣٢	معايير النظرية التفصيلية تجمع بين الذاتية وال موضوعية
٣٣	معايير النظرية في الفقه والتشريع المعاصرین
٣٤	الدافع الى اختيار نظرية التعسف موضوعاً لكتاب
٣٤	بيان وجه اتفاق المنهج العلمي الذي اصطنعه وطبيعة المادة المدرّسة

الباب الأول

بحث مقارن في طبيعة الفقه الاجرامي ونظرية القانون .

٢٨	الفصل الاول — الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده
٣٨	مقدمة
٤٠	المبحث الاول — فكرة الحق في المذهب الفردي
٤٠	اصل الدولة ووظائفها ومدى تدخلها عند الفردین
٤٢	نقد المذهب الفردي
٤٤	المبحث الثاني — فكرة الحق في مذهب التضامن الاجتماعي
٤٦	طبيعة حق الملكية بين المذهبین : الفردي والتضامن الاجتماعي
٤٨	مدى سلطان الدولة على الحقوق الفردية في هذا المذهب
٥٠	نقد مذهب التضامن الاجتماعي

الصفحة	الموضوع
٥٣	الفصل الثاني — مفهوم الحق في الفقه القانوني
٥٣	مقدمة
٥٣	المذاهب المختلفة في تعريف الحق
٥٤	المذهب الاول
٥٥	المذهب الثاني
٥٧	المذهب المختلط
٥٧	المذهب الحديث
٦٠	ملاحظات عامة على تعريف الحق في مختلف النظريات
٦١	مدى صلة هذه التعريفات بنظرية التعسف .
٦٢	الفصل الثالث — طبيعة الفقه الاسلامي وفكرة الحق فيه
٦٧	معايير الفقه الاسلامي أساسها المصلحة التي وضعها الشارع
٦٩	منشأ الحق في الفقه الاسلامي
٧١	النتائج المنطقية التي تترتب على هذا الاصl
٧٨	الفصل الرابع — الفقه الاسلامي تقويمي لا تقريري
٨٣	مدى رعاية القواعد الخلقية في القانون
٨٨	الفصل الخامس
٨٨	المبحث الأول — الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي وأثرها في تقييد الحق .
٩٠	مزج القواعد الخلقية بالقواعد التشريعية في هذا الفقه .
٩٢	أثر هذا المزج في بناء التكافل الاجتماعي .
٩٣	تقييد الحق بالمعنى الخلقي والديني من قواعد الشرع .
٩٤	أحكام الشريعة بين الواقعية والمثالية .

الصفحة	الموضوع
٩٥	واقعة المثالية ومثالية الواقعية في الشريعة الإسلامية
٩٨	الباعث كأصل خلقي وأثره في المعاملات والتصرفات
١٠٣	المبحث الثاني - مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي وصلته بنظرية التعسف. في الحكم والسلطة .
١٠٥	السياسة الشرعية أساسها المصلحة والعدل
١٠٦	السلطات التقديرية مظنة التعسف في استعمالها
١٠٧	مبدأ الكفاءات وصلته ببدأ العدل .
١٠٨	تفاوت الكفاءات يستلزم التفاضل في العطاء استغلال النفوذ .
١٠٩	تدخل ولي الامر لتحقيق العدل والمصلحة
١١٠	التدخل في أصل حق الملكية تحقيقاً لبدأ العدل ودرءاً للتعسف . مبدأ التوظيف على الاغنياء بالقدر الذي تقتضيه كفاية
١١٤	المصلحة العامة .
١١٥	المبحث الثالث - مؤيدات مبدأ العدل والمصلحة من مصادر التشريع التي لا نص فيها .
١١٥	في الميدان الاجتهادي .
١١٨	الاستحسان عند الحنفية والمالكية مبدأ العدل يقتضي النظر في مآلات الافعال .
١١٩	اصل النظر في مآلات الافعال وصلته ببدأ العدل .
١٢١	حكم الفعل الذي له مآلان متعارضان
١٢٢	مدار الخلاف على بطلان مناسبة الوصف للحكم .
١٢٦	النظر في مآلات الافعال مجردة هو الأصل الذي ينادي
١٣٣	به اليوم فقهاء القانون المدني والدولي .

الصفحة	الموضوع
١٣٤	في القانون المدني .
١٣٤	في القانون الدولي .
١٣٧	فقهاء الاسلام يقررون المسؤولية المطلقة .
١٣٩	البحث الرابع - العدالة في تشرع المعاملات المدنية .
١٤٠	قيود مبدأ الرضائية عند تنفيذ العقد .
١٤٠	نظريه العذر في الفقه الحنفي .
١٤٢	معيار العذر في الفقه الحنفي .
١٤٣	أنواع العذر وأثرها في فسخ عقد الایجار .
١٤٣	العذر أمر غير متوقع عند انشاء العقد .
١٤٤	في الجوانح والثار
١٤٥	قيود مبدأ الرضائية عند إنشاء العقد .
١٤٥	خيار المجلس
١٤٧	الفصل السادس :

الفصل السادس :

١٤٧	المبحث الاول : الواقعية في الفقه الاسلامي
١٥٠	المبحث الثاني : الملكية الجماعية .
١٥٤	الفرع الاول - الشخصية المعنوية لجماعة المسلمين
١٥٨	الفرع الثاني - الشريعة لا تعرف التصرف المطلق في الحق الذي لا يرعى الصالح العام .
١٦٣	المبحث الثالث - الواقعية في نظر الاسلام الى المال .
١٦٣	الفرد في المال مستخلف للاتفاق والتممير .
١٦٤	الاتفاق في حدود الشرع والتممير كلامها من الوظيفة الاجتماعية للمال .

الصفحة	الموضوع
١٧٠	المسؤولية الفردية تستتبع حرية مقيدة
١٧٢	الفصل الرابع — الحق والاباحة في الفقه الاسلامي .
١٧٣	المبحث الاول — الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية او الوظيفية .
١٧٦	رأي فقهاء القانون .
١٧٦	في الفقه الاسلامي .
١٧٩	المنزلة الوسطى .
١٨٠	الحقوق التقديرية أو المطلقة
١٨١	المنزلة الوسطى والحقوق التقديرية في الفقه الاسلامي وصلتها بنظرية التعسف .
١٨٢	تعريف الحق في الفقه الاسلامي .
١٨٢	مقدمة
١٨٣	الفرع الاول تعريف الحق وتحليله .
١٨٣	المطلب الاول — تعريف الحق .
١٨٤	تعريف الحق لغة .
١٨٤	المطلب الثاني — تعريف الحق عند الفقهاء
١٨٥	المطلب الثالث — استعارات الفقهاء للحق .
١٨٦	المطلب الرابع — تعريف الحق عند الاصوليين .
١٨٦	المطلب الخامس — تعريف الحق عند فقهاء المسلمين المعاصرین .
١٨٨	المطلب السادس — تعريفنا للحق في مفهومه الشرعي وصلته بنظرية التعسف .
١٩٢	تحليل التعريف ومحترزاته .
١٩٣	

الصفحة	الموضوع
١٩٥	أهم ما يستنتج من هذا التعريف .
١٩٧	المبحث الثالث – الإباحة أو الرخصة في الفقه الإسلامي
١٩٧	تعريف الإباحة عند الفقهاء القدامى
١٩٨	القرافي يفرق بين الحق والرخصة
١٩٩	تعريف الإباحة عند الأصوليين .
٢٠٠	تعريف الفقهاء المحدثين .
٢٠١	الإباحة طريق إلى التملك .
٢٠٢	الاصل في الاشياء الإباحة .
٢٠٣	الحربيات العامة من المصالح الحاجية في الشرع .
٢٠٤	الحربيات العامة في الفقه القانوني .
٢٠٥	التمييز بين الحق والرخصة في القانون وصلة به مجال نظرية التعسف .
٢٠٦	تعريفنا للإباحة وتحليله وصلة بنظرية التعسف .
٢٠٦	تحليل التعريف .
٢٠٦	الإباحة الاصلية والطارئة .
٢٠٨	التصرف الایيجابي والسلبي في المباح مقيد .
٢٠٩	المبحث الرابع - علاقة الحق بالحكم وفكرة وجود الحق .
٢١٠	فكرة وجود الحق في التشريع الإسلامي أساسية .
٢١٣	المبحث الخامس – اعتبار الشرع الإسلامي كلاماً من الحق والإباحة وسيلة ، وصلة ذلك بنظرية التعسف .
٢١٦	المبحث السادس – الوظيفة الاجتماعية للحق .

الصفحة	الموضوع
٢١٩	الفصل المأمور — الاسس التي يستند عليها تقييد الحق في الفقه الاسلامي .
٢١٩	المبحث الاول — الاساس الاول : المصالح معتبرة في الاحكام او غائية الحق .
٢٢٢	صلة هذا الاصول بنظرية التنسف .
٢٢٤	المبحث الثاني — الاساس الثاني : اصول التكافل الاجتماعي في الاسلامي
٢٢٥	التكافل الاجتماعي ولid الاصول العامة في التشريع . الرحمة .
٢٢٦	الاخوة .
٢٢٧	الولاية والتناصر .
٢٢٧	المحبة .
٢٢٨	التعاون على البر والتقوى ومحاباة الإمام والعدوان
٢٣٠	المبحث الثالث — الاساس الثالث : التضامن المادي وأثره في تقييد الحق بالنسبة للمصلحة العامة .
٢٣١	تقييد الحق الفردي لزاء المصلحة العامة .
٢٤٢	المبحث الرابع — الاساس الرابع : أثر التضامن الاجتماعي المادي في تقييد الحق الفردي بالنسبة للمصلحة الخاصة
٢٤٢	قيود يفرضها مبدأ التضامن الاجتماعي على حق الملكية .
٢٤٧	بيع المضر .
٢٤٧	تصرف الزوجة في مالها (التضامن الاسري) .
٢٤٩	انظار المعسر
٢٥١	قوام فكره التضامن في الفقه الاسلامي .

الصفحة	الموضوع
٢٥٢	البراءة النفسية والنتائج المرضوعة وأنزها في صون الحقوق .
٢٥٣	المبحث الخامس - الاساس الخامس : الخلافة الانسانية في الارض .
٢٥٤	المبحث السادس - الاساس السادس : الاعتدال والاقتصاد في التصرف أو الوسطية .

رَفِعُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْأَسْلَمُ لِلَّهِ لِلْفَرْوَانِ
www.moswarat.com

رَفِعٌ

عِبْدُ الرَّحْمَنِ الْجَنْوِيُّ
أَسْكَنَهُ اللَّهُ فِي الْفَرْوَانِ

www.moswarat.com

www.moswarat.com